Der Einspruch

nach

der Reichscivilprozeßordnung

von

Dr. Franz Troll.

München, 1887.
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548316_0176

Der Einspruch

nach

der Reichscivilprozeßordnung

von

Dr. Franz Troll.

München, 1887.
Kgl Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Der Einspruch

nach der Reichscivilprozeßordnung.[1])

§ 1.

1. Begriff.

Insofern man den Begriff Rechtsmittel i. w. S. aufstellt, mag derselbe, wie die Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 542 ff. C. P. O.) und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Nothfrist (§§ 211 ff.), so auch den Einspruch umfassen. I. e. S. der C. P. O. gehört der Einspruch zu den Rechtsmitteln nicht, weil er unter diesen nicht genannt ist (§§ 472—540). Gewöhnlich wird als Eigenthümlichkeit des Einspruchs gegenüber den Rechtsmitteln angegeben, daß er keinen Devolutiveffekt habe. Der Einspruch gegen das Versäumnißurtheil ist dadurch allerdings gekennzeichnet. Der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl (§ 640) jedoch hat dann eine Art Devolutiveffekt, wenn der Anspruch vor das (übergeordnete) Landgericht gehört. Allein nur der Streit über den Anspruch devolvirt an das Landgericht, während die erstinstanzielle Entscheidung über die Zulässigkeit des Einspruchs auch in diesem Falle dem Amtsgerichte verbleibt, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Damit dieser Devolutiveffekt zur Verhandlung und Entscheidung vor dem Landgerichte führt, muß freilich dem rechtskräftig für zulässig erklärten Einspruch (§ 640 II) die Erhebung der Klage[2]) folgen (§ 637). Mit diesem Akte tritt jedoch nicht, wie sonst, Rechtshängigkeit ein (§ 235); denn dies ist schon mit der Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgt (§ 633). Die Klage im Sinne des § 637 hat also nur die Bedeutung eines vorbereitenden Schriftsatzes und eines Mittels zur Erhaltung

[1]) Die säumige Partei wird von den Versäumnißfolgen kraft Versäumnißurtheils betroffen. Durch die Aufhebung desselben werden jene Folgen beseitigt. Anfechtungsmittel gegen das Urtheil ist regelmäßig der eigens hiefür geschaffene Einspruch, welcher aber auch gegen den Vollstreckungsbefehl gewährt wird. Unter besondern Umständen ist Berufung und Revision gestattet. Nach eingetretener Rechtskraft kann Wiederaufnahme des Verfahrens stattfinden. S. Troll: Das Versäumnißurtheil nach der Reichscivilprozeßordnung, §§ 50 bis 54.

2) durch den Gläubiger oder (§ 231) Schuldner.

der Rechtshängigkeit, welche hier ausnahmsweise (vergl. § 228 II) dem Untergang durch Zeitablauf (§§ 637, 640 II) ausgesetzt ist. — Weil in dem hier erwähnten Falle nicht das Prozeßgericht, sondern das untergeordnete Amtsgericht über die Zulässigkeit des Einspruchs entscheidet, so darf man diesen nicht bezeichnen als ein „an das Prozeßgericht gerichtetes Schutzmittel". [1]) Auch ist es unrichtig, wie aus Vorstehendem folgt, den Einspruch nur als das Schutzmittel gegen das Versäumnißurtheil zu definiren [2]).

Diese Bedenken werden vermieden, wenn man sagt:

Einspruch ist die materiell voraussetzungslose Anfechtung eines Versäumnißurtheils oder Vollstreckungsbefehls bei dem Gerichte der angefochtenen Entscheidung:

1) Der Einspruch ist materiell voraussetzungslos. [3]) Dadurch unterscheidet er sich von der Wiederaufnahme des Verfahrens und von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 542 ff., 211 ff.). [4])

2) Der Einspruch ist bei dem Gerichte der Entscheidung anzubringen. Dies kennzeichnet ihn gegenüber Berufung und Revision, welche in besondern Fällen auch gegen ein V. U. stattfinden (§ 474 II).

2. Voraussetzungen der Zulässigkeit. [5])

§ 2.

a) Statthaftigkeit an sich.

Der Einspruch ist gestattet gegen V. U. (§ 303) und Vollstreckungsbefehl (§ 640) und kann nur von derjenigen Partei eingelegt werden, gegen welche eine solche Entscheidung erlassen ist.

---

[1]) So von Wilmowski-Levy, Kommentar z. Civ. Pr. Ord. § 303 N. 1.

[2]) So Wach, Vorträge über die R. Civ. Pr. Ord. S. 144.

[3]) Wach, Vorträge S. 144.

[4]) Der Einspruch ist mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nahe verwandt. Diese soll den Nachtheil der Versäumung von Fristen (Nothfristen), jener den Nachtheil der Versäumung von Terminen beseitigen. Beide betreffen also Versäumung bei Zeitbestimmungen. Termin ist die Zeitbestimmung des mündlichen, Frist die des schriftlichen Verfahrens. In der R. C. P. O. besteht das Prinzip der Mündlichkeit; Schriftlichkeit ist Ausnahme. Deshalb ist Termin die regelmäßige, Frist die ausnahmsweise Zeitbestimmung. Der Termin umfaßt einen kürzern Zeitraum als die Frist, daher wird er leichter als diese versäumt. Das infolgedessen häufigere Vorkommen der Versäumung von Terminen rechtfertigt es, daß die Nachtheile leichter beseitigt werden können als die Nachtheile der Versäumung von Fristen (Nothfristen). Daher ist von Angabe und Glaubhaftmachung von Entschuldignugsgründen der Einspruch frei, nicht aber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung von Nothfristen.

[5]) Der Einspruch muß, um seine Wirkung zu äußern, „zulässig", d. h. „an sich statthaft" und „in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt" (§ 306); auch darf nicht das Recht auf denselben durch Verzicht oder Zurücknahme verloren sein.

I. Gegenstand der Anfechtung ist demnach:

a) das Versäumnißurtheil. Das kontr. Urtheil unterliegt niemals dem Einspruch. Die theilweise Versäumung (z. B. § 129 II) kann auf diesem Wege nicht gut gemacht werden. Gleichgiltig ist es, ob ein End- oder nur ein Zwischenurtheil in Frage steht (§ 312 II). Ist ein Versäumnißtheilurtheil ergangen, so beschränkt sich der Einspruch auf den in demselben erledigten Theil des Prozesses, jedoch vorbehaltlich des § 307, wonach von der restitutorischen Wirkung des zulässigen Einspruchs der ganze Prozeß, also auch der noch nicht durch Urtheil entschiedene Theil, ergriffen wird, so daß auch dieser in der auf den Einspruch hin stattfindenden Verhandlung erledigt werden kann.

Unstatthaft dagegen ist der Einspruch nach §§ 216, 310.

Anfechtungsgegenstand ist

b) der Vollstreckungsbefehl, dieser ohne Ausnahme. Deshalb beschränkt sich hier die Prüfung der Zulässigkeit von Amtswegen darauf, „ob der Einspruch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei“ (§ 640[1], vergl. § 306).

Einerlei ist es, ob das V. U. bezw. der Vollstreckungsbefehl in gesetzlicher oder in ungesetzlicher Weise ergangen ist. § 309 sieht geradezu den Fall vor, daß ein nicht in gesetzlicher Weise ergangenes V. U. mit Einspruch angefochten wird. Daher kann anders als in den Fällen der §§ 216, 310 ein Rechtsmittel gegen das V. U. auch nicht auf Grund der Behauptung, daß dasselbe ungesetzlich ergangen sei, für zulässig erachtet werden.[1])

Der Einspruch richtet sich gegen die ganze Entscheidung, nicht gegen einen Theil derselben. Zwar wird auch mit Berufung und Revision immer das ganze Urtheil angefochten; aber hier findet in den Rechtsmittelanträgen der Rechtsstreit in der höhern Instanz seine Begrenzung (§§ 487, 498). Da für den Einspruch eine solche Einschränkung nicht besteht, so ist Gegenstand der Verhandlung auf Grund des Einspruchs immer der ganze Prozeß (§ 307). Abänderungsanträge gegen das V. U. sind daher nicht nöthig. Vielmehr erfolgt die Abänderung auch ohne speziellen Antrag, wenn nur sonst die Verhandlung dazu Stoff gibt (§ 308).[2])

II. Berechtigt zur Einlegung des Einspruchs ist die Partei, gegen welche das V. U. bezw. der Vollstreckungsbefehl ergangen ist (§ 303 mit § 474[1]). Der Gegenpartei stehen die gewöhnlichen Rechtsmittel zu. Bedenken hiergegen erregt der Fall in E. 3 S. 195 ff.[3]) Bei Versäumniß des Revisionsbeklagten wurde die Revision verworfen, aber durch V. U. Das Urtheil ist offenbar gegen den Revisionskläger ergangen, und da es ein V. U. ist, so müßte buchstäb-

[1]) E. 10 S. 403 (= Entscheidungen des Reichsgerichts in Civ. S. Bd. 10 S. 403)
[2]) S. u. § 9.
[3]) S. Troll, V. U. S. 86.

lich nach § 303 diesem der Einspruch zustehen. Allein aus §§ 295, 296 vergl. mit § 303 folgt, daß das Gesetz den Einspruch nur der säumigen Partei, gegen welche das V. U. erlassen ist, gewährt. In jenem Falle steht dem Revisionskläger der Einspruch nicht zu, weil er nicht säumig war, dem Revisionsbeklagten nicht, weil das Urtheil nicht gegen ihn ergangen ist. Demnach ist das Urtheil, welches beim Nichterscheinen des Beklagten, Berufungs- und Revisionsbeklagten die Klage bezw. das Rechtsmittel verwirft, trotzdem es (irrig) die Bezeichnung „V. U." trägt, doch nicht als V. U. zu behandeln.

Das Versäumnißzwischenurtheil des § 430 kann bei Versäumniß eines Dritten ergangen sein (§§ 414, 415). Dennoch steht der Einspruch nicht dem Dritten zu, sondern der Partei, welcher das V. Z. U. zum Nachtheil gereicht.[1]) Wer dies ist, kann zweifelhaft sein, wenn durch Beweisbeschluß (§ 426), welcher Feststellung der Beweislast nicht voraussetzt[2]) (§ 324), auf Eid erkannt ist. Jede Partei kann sich als an der Beseitigung des Urtheils interessirt halten, weil bei der noch bestehenden Ungewißheit es möglich ist, daß sie im Endurtheil als beweispflichtig erachtet wird. Dann ist jede Partei zum Einspruch berechtigt.

Nicht dazu berechtigt ist der Säumige in den Fällen der §§ 216, 310:

1) Was den § 216 betrifft, so ist hier vorausgesetzt, daß eine Partei, welche die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Nothfrist beantragt hat, säumig ist. Folgende Fälle sind dabei zu unterscheiden:

a) Das Gericht hat das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung beschränkt (§ 216[I]). Ist dem Antrag durch Zwischenurtheil stattgegeben worden und der Antragsteller in einem spätern Termin zur Hauptsache ausgeblieben, so steht ihm gegen das V. U. der Einspruch zu. Denn § 216[II] schließt den Einspruch nur als Mittel zur Anfechtung der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung aus, nicht als Mittel zur Anfechtung sonstiger Entscheidungen. Im V. U. wird aber in der Sache selbst und nicht mehr über den durch das Zwischenurtheil erledigten Antrag entschieden. So wird denn auch nach dem Zwischenurtheil, welches die Zulässigkeit von Berufung, Revision u. s. w. ausspricht, bei Versäumniß der Partei, welche das Anfechtungsmittel erhoben hat, dieses nicht mehr als unzulässig[3]), sondern das zugelassene Anfechtungsmittel als materiell unbegründet verworfen. Auch würde das Gericht mit jenem Zwischenurtheil ent-

---

[1]) arg. „Partei, gegen welche" in § 303.

[2]) Das Gegentheil kann aus § 412 nicht gefolgert werden.

[3]) Vergl. § 216[II]: „Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags."

gegen dem § 289 in Widerspruch treten, wenn es nachträglich in dem V. U. den Antrag auf Wiedereinsetzung verwerfen wollte.[1])

b) Hat eine solche Trennung nicht stattgefunden, so muß die Entscheidung über den Antrag im versäumten Termin geschehen, folglich der Antrag, weil nicht in der mündlichen Verhandlung gestellt, verworfen werden, trotzdem die säumige Partei in einem frühern Termin bereits verhandelt, sogar zur Hauptsache verhandelt haben mag.[2]) Hier steht der Einspruch nicht zu.

2) § 310 betrifft den Fall, daß eine Partei den Einspruch, sei es gegen ein V. U. oder gegen einen Vollstreckungsbefehl, eingelegt hat und in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt. Dieser Partei steht gegen das V. U., durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

Die Worte „nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt" (§ 310) scheinen etwas Ueberflüssiges zu sagen. Kann eine Partei zur Hauptsache verhandeln und doch nicht erscheinen? Schützt das Erscheinen vor den Folgen des § 310, wenn nicht zur Hauptsache verhandelt wird? — Die Worte „nicht erscheint oder" möchte man also streichen. Aber es ist möglich, daß im Termin nicht zur Hauptsache verhandelt werden darf. Dies trifft schon zu bei § 312 II. Allein hier ist die „entsprechende Anwendung" des § 310 vorgeschrieben, so daß „Hauptsache" in „Zwischenstreit" zu übersetzen ist und die Streichung des „nicht erscheint oder" nichts hindert. Indessen hat jene alternative Fassung doch eine praktische Bedeutung. Gehört nämlich der im Mandatsverfahren geltend gemachte Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte, so beschränkt sich auf erhobenen Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl das Verfahren vor dem Amtsgericht auf die Zulässigkeit des Einspruchs (§ 640). Das Urtheil ist Endurtheil für das Amtsgericht überall (§ 272)[3]), Zwischenurtheil für den Prozeß, falls der Einspruch für zulässig erklärt wird. Man kann weder sagen, daß der Termin lediglich für einen Zwischenstreit bestimmt, noch schlechthin, daß das Urtheil Zwischenurtheil sei. Hier läßt sich von der Alternative „nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt" des § 310 der zweite Theil nicht anwenden; es müßte sonst ein V. U. nach § 310 immer ergehen, auch wenn über den Einspruch beiderseits verhandelt und dieser für zulässig zu erklären ist. Also kommt hier, aber nur hier, der erste Theil „nicht erscheint" jener Alternative zu einer praktischen Anwendung.

Das einspruchslose V. U. des § 310 ist Folge der Versäumniß der Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, nicht immer, sondern

[1]) S. Troll, V. U. S. 24.
[2]) Darin liegt eine Verschiedenheit von dem Falle des § 310.
[3]) S. Troll, V. U. § 50.

nur dann, wenn diese Partei seit Einlegung des Einspruchs nicht zur Hauptsache verhandelt hat.[1]) Gegen das nach bereits erfolgter Verhandlung zur Hauptsache in dem versäumten Termin zur Fortsetzung dieser Verhandlung erlassene V. U. ist ihr der Einspruch gestattet. Hat sie aber, sei es im ersten Termin zur Verhandlung oder in einem folgenden, verlegten oder solchen Termin, auf welchen die noch nicht zur Hauptsache begonnene Verhandlung vertagt ist (§ 206), nicht zur Hauptsache,[2]) wenn auch über den Einspruch oder über prozeßhindernde Einreden verhandelt, so steht ihr gegen das hier erlassene V. U. der Einspruch nicht zu.[3])

Ob der Einspruch durch Zwischenurtheil als zulässig bereits erklärt ist, macht keinen Unterschied. Aber nicht, weil „die Versäumnißfolge gegen das Zwischenurtheil hinwegsetzt."[4]) Zwischenurtheile werden nur ignorirt, wenn § 289 es gestattet. Damit das V. U. des § 310 ergeht, muß der Einspruch zulässig sein. Dann hat jenes „Hinwegsetzen" keinen Sinn. Es ist einerlei, ob die Zulässigkeit in einem Zwischenurtheil bereits festgestellt ist oder im Endurtheil, auch in dem des § 310, festgestellt wird. Ist jenes geschehen, dann unterbleibt im Endurtheil die nochmalige Prüfung nach § 306; keinesfalls kann die Zulässigkeit jetzt verneint werden.

§ 3.

b) Gesetzliche Frist.

Die Frist, in welcher der Einspruch einzulegen ist, beträgt regelmäßig zwei Wochen und beginnt mit der Zustellung des V. U. (§ 304[1]). Sie endigt mit Ablauf desjenigen Tages, welcher durch seine Benennung dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat (§ 200[1]). Sie ist eine Nothfrist.

Ausnahmsweise, wenn nämlich die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen muß, hat das Gericht[5]) die Einspruchsfrist zu bestimmen und zwar entweder im V. U. oder nachträglich durch besondern Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann (§ 304[II]). Die Festsetzung der Frist kann wie im V. U. so auch durch Beschluß von Amtswegen mit

---

[1]) Abgesehen vom Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl bei Unzuständigkeit des Amtsgerichts (§ 640).

[2]) S. vorige Note.

[3]) S. Wach, Vorträge S. 146. Die Erklärung zu § 310 geben die §§ 206, 297. Es ist zu unterscheiden zwischen der Sitzung, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt und der Sitzung, welche zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt ist" (§ 297). Dort das qualificirte, hier das einfache V. U., beide mit den Folgen des § 648[3]. So auch Motive zu § 310.

[4]) Wie Seuffert, Kommentar z. C. P. O. § 310 N. 1 meint. S. Troll, V. U. S. 25.

[5]) Nicht der Vorsitzende allein (vergl. § 302).

oder ohne Antrag der Partei, welche das V. U. erwirkt hat,[1]) erfolgen. Der Beschluß ersetzt einen Bestandtheil des V. U. und muß mit diesem, als ob sein Inhalt im V. U. wäre, zugestellt werden. Die Zustellung des Beschlusses darf nicht unterbleiben, selbst dann nicht, wenn er gemäß § 304 II erst nach vorgängiger mündlicher Verhandlung erlassen worden wäre. Man kann nicht einwenden, daß, weil der Beschluß verkündet und die Zustellung nicht besonders vorgeschrieben ist (§ 283 II), gemäß § 294 mit § 283 II die Zustellung nicht nothwendig sei. Er enthält eine Ergänzung des V. U., und von ihm gilt bezüglich der Zustellung dasselbe wie z. B. von dem nach § 291 erlassenen Beschlusse.[2])

Uebrigens wird der Fall einer mündlichen Verhandlung vor dem Beschlusse praktisch nicht vorkommen, keinesfalls zu empfehlen sein.

Auch diese durch das Gericht festgesetzte Frist ist „Einspruchsfrist" (§ 304 II), folglich „Nothfrist" (§ 304 I).[3]) Auch sie beginnt mit der Zustellung des V. U. Denn nur bezüglich der Dauer, nicht auch bezüglich des Beginnes macht § 304 II von § 304 I eine Ausnahme. Das Gericht kann daher einen andern Zeitpunkt des Beginnes als den des § 304 I nicht festsetzen. Andrerseits beginnt die Frist nicht vor der Zustellung des Beschlusses. Denn eine richterliche Frist kann nicht vor der richterlichen Festsetzung, die richterliche Festsetzung nicht vor deren Mittheilung und, da diese durch Zustellung erfolgt, nicht vor der Zustellung wirken (§ 198). Die Frist beginnt daher zu laufen mit der Zustellung des V. U. und des Beschlusses (§ 304 I mit § 198). Da der Beginn untheilbar ist, so muß die Zustellung beider Entscheidungen in einem Akte erfolgen. Würde nach Erlassung des Beschlusses zuerst das V. U., dann der Beschluß zugestellt werden, so wäre die Frist nicht in Lauf gesetzt: durch Zustellung des V. U. nicht, wegen § 198, durch Zustellung des Beschlusses nicht, wegen § 304 I. Die Zustellung beider Entscheidungen in einem Akt erfordert auch § 211 II. Sonst müßte die Wiedereinsetzung aus § 211 II versagt werden, wenn die Partei zwar von dem zugestellten V. U., nicht aber von dem nachträglich oder vorher zugestellten Beschluß Kenntniß erlangt hat. Das kann vom Gesetze nicht gewollt sein (§ 198).

---

[1]) Antrag des Säumigen dürfte kaum vorkommen. Uebrigens gehört die Fristbestimmung zur Officialthätigkeit des Gerichts („hat" § 304 II).

[2]) So auch Prot. d. Komm. des Reichstags S. 115.

[3]) Der einzige Fall einer richterlichen Nothfrist (§ 201 III), der einzige Fall einer Nothfrist, deren Dauer über das Normalmaß (§ 304 I) hinaus erstreckt werden darf. — Struckmann-Koch, Kommentar z. C. P. O., § 304 A. 2, behaupten, daß die Frist als richterliche gemäß § 202 II verlängert werden könne (Warum nicht auch abgekürzt?). Das ist nicht unbedenklich. Wurde die Frist im V. U. selbst festgesetzt, so folgt die Gebundenheit aus § 289; der Beschluß aber ist ein „Nachtrag" zum V. U., theilt also dessen rechtliches Schicksal (§ 289) rücksichtlich der Abänderlichkeit. S. vorige Note.

Diese richterliche Frist endigt, je nachdem sie nach Wochen oder nach Monaten bestimmt ist, mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats (§ 200 I).

Sowohl für die gesetzliche Frist des § 304 I als für die richterliche Frist des § 304 II gilt, daß, wenn das Ende derselben auf einen Sonn- oder allgemeinen Feiertag fällt, sie mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages endigt (§ 200 II).

Da in beiden Fällen die Frist eine Nothfrist ist, so steht der Partei, gegen welche sie läuft, das Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, wenn sie durch Naturereignisse oder andre unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, dieselbe einzuhalten oder wenn sie von der Zustellung des V. U.[1]) ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erhalten hat (§ 211) oder wenn sie spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist den Einspruchsschriftsatz dem Gerichtsvollzieher oder, im Parteiprozeß, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben hat (§ 213) und dennoch die Zustellung nicht rechtzeitig erfolgt ist. Die Wiedereinsetzung muß in den Fällen des § 211 innerhalb zweier Wochen unerstrecklicher Frist, beginnend mit dem Wegfalle des Hindernisses, also bei § 211 II mit Kenntniß oder Verschuldung der Unkenntniß der Zustellung, jedoch vor Ablauf eines Jahres von dem Ende der versäumten Einspruchsfrist an, im Falle des § 213 binnen Monatsfrist seit Ablauf der Einspruchsfrist (§ 213 II), beantragt werden. Erlangt die Partei von der Zustellung des V. U. Kenntniß erst nach Ablauf jenes Jahres, so steht ihr das Recht auf Wiedereinsetzung nicht zu.

Die Einlegung *nach Ablauf* der Einspruchsfrist kann also nur ausnahmsweise Erfolg haben.

Ob sie *vor Beginn der Frist*, d. h. vor der Zustellung des V. U., „*zulässig*“ [2]) ist, darüber besteht mit Rücksicht auf §§ 477 II, 514 II Streit.[3]). Ueber das, was Gegenstand des Streites sei, drückt man sich nicht klar aus. Um die *Wirksamkeit* des vor der Zustellung erhobenen Einspruchs handelt es sich (§§ 477 II, 514 II mit §§ 306, 497, 529), nicht um die Zulässigkeit. Beide Dinge sind verschieden, und diese Verschiedenheit hat praktische Konsequenzen.[4])

Diejenigen, welche die Unzulässigkeit (richtiger Unwirksamkeit) behaupten, berufen sich darauf, daß nach § 304 I die Frist mit jener

---

[1]) im Falle des § 304 II von der Zustellung des V. U. *mit* Beschluß.

[2]) „*Zulässig*“, sagt z. B. auch das Reichsgericht E. 9 S. 420.

[3]) Die Literaturangabe bei *Seuffert* § 304 N. 2. — *Struckmann-Koch* § 304 N. 1.

[4]) S. Troll, V. U. S. 45 ff.

Zustellung beginnt, daß nach § 306 das Gericht zu prüfen hat, ob der Einspruch „in" der gesetzlichen Frist eingelegt worden ist, daß die zwingende Bedeutung der Frist auch bezüglich des Beginnes aus dem Begriffe „Nothfrist" folge, daß kein vernünftiger Grund für die verschiedene Behandlung der Rechtsmittel und des Einspruchs einzusehen sei und daß § 217 IV, welcher die Einlegung des Einspruchs „innerhalb" der Einspruchsfrist voraussetze, eine einzelne Anwendung der Regel sei.

Allein die Bedeutung einer Frist ist nur die, daß die Partei vor Ablauf derselben handeln muß. Daher verhängt das Gesetz allgemein gegen die Verspätung Nachtheile (z. B. in § 208, vergl. mit § 211: „verhindert worden ist, einzuhalten"), nicht gegen die Verfrühung. Daher „beginnt" „der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist" nur „gegen die Partei" (§ 198 II), während wenn die Prozeßhandlung vorher nicht vorgenommen werden könnte, sie „für und gegen" die Partei beginnen müßte. Demgemäß ist die Zustellung des Schriftsatzes für die Wiedereinsetzung (§ 212 I), für die Klagebeantwortung (§ 244) u. s. w, innerhalb der Gerichtsferien (§ 201) wirksam, auch wenn die Frist hiefür erst nach Ablauf der Gerichtsferien zu laufen beginnt. Die Nothfristen machen keine Ausnahme. Auch bei ihnen beginnt die Frist gegen die Partei. Daher bestimmt § 549 I, daß die Wiederaufnahmeklagen „vor Ablauf" der Nothfrist eines Monats zu erheben sind. Daher wird nicht zu bezweifeln sein, daß im Falle des § 549 III vor der Zustellung des Urtheils an die richtige Person die Nichtigkeitsklage, ferner daß die Restitutionsklage schon vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils erhoben werden kann (§ 549 I). Auch im Falle des § 870 ist die Klage vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils, also vor Beginn der Nothfrist statthaft.[1]) Weder das Wort „beginnt" noch der Begriff „Nothfrist" ist demnach schlüssig.

Nicht mehr Werth hat die Betonung, daß das Gericht von Amtswegen zu prüfen hat, ob der Einspruch „in" der gesetzlichen Frist erhoben worden ist (§ 306). „In" bedeutet „vor Ablauf". Vergl. § 552 mit § 549; § 211 „verhindert, einzuhalten". „Einhalten" der Frist bedeutet: „vor Ablauf" derselben handeln. Uebrigens betrifft § 306 die Zulässigkeit des Einspruchs, während ja die Wirksamkeit (§§ 477 II, 514 II) desselben kontrovers ist.

Unscheinbar endlich ist das angebliche, in § 217 IV gefundene Argument. Aus § 217 IV läßt sich überhaupt wenig folgern. Ist etwa die Verhandlung zur Hauptsache vor Ablauf der Einspruchsfrist, wenn auf den Einspruch verzichtet (§ 311) wird, nicht statthaft? Bei buch-

[1]) § 835 kann allerdings nicht verwerthet werden, aber nur deshalb nicht, weil die Erhebung der Klage vor Beginn der Nothfrist thatsächlich unmöglich ist.

stäblicher Auslegung des § 217 IV allerdings muß trotz dem Verzichte der Ablauf abgewartet, andernfalls zugegeben werden, daß der Gesetzgeber seinen Gedanken in § 217 IV nicht mit der gehörigen Sorgfalt ausgedrückt hat. Dann aber ist § 217 IV auch hier nicht beweiskräftig. Er behandelt den regelmäßigen Fall, daß die Einlegung des Einspruchs nach Beginn der Frist erfolgt und erschöpft nicht die gesetzlichen Möglichkeiten.

Die Beweisstellen aus dem Gesetze sind also sämmtlich für die gegnerische Meinung nicht zu verwerthen. Gegen dieselbe spricht zudem Folgendes:

Das Gesetz kennt sieben Fälle von Nothfristen: §§ 304 (Einspruch), 477 (Berufung), 514 (Revision), 540 (sofortige Beschwerde), 549 (Wiederaufnahmeklagen), 835 (Anfechtung des Ausschlußurtheils), 870 (Anfechtung des Schiedsspruchs). Nur in zwei Fällen: § 477 (Berufung) und § 514 (Revision) ist durch ausdrückliche Bestimmung die Vornahme der Prozeßhandlung (Einlegung des Rechtsmittels) vor Beginn der Frist für unwirksam erklärt. Sie haben daher das Eigenthümliche: 1) daß die Prozeßhandlung nicht vor Beginn der Frist vorgenommen werden, 2) daß bei Zuwiderhandlung die Prozeßhandlung „unwirksam" sein soll. Das eine wie das andre fehlt bei den übrigen Fällen der Nothfrist, so auch beim Einspruch. Da an sich bei allen Fristen, folglich auch bei Nothfristen, die Vornahme der Prozeßhandlung vor Beginn der Frist wirksam ist, darf das arg. a. contr. aus §§ 477 II, 514 II für den Einspruch unbedenklich gezogen werden. Um so mehr, als § 283 allgemein die Befugniß einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urtheils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urtheile in andrer Weise Gebrauch zu machen, von der Zustellung an den Gegner unabhängig erklärt, während § 198 den Beginn einer Frist als gegen die Partei gerichtet darstellt. Um so mehr ferner, als § 303 der Partei, gegen welche das V. U. erlassen ist, den Einspruch gestattet, wovon § 304 keine Ausnahme macht. Zu ihren Gunsten steht der Einspruch mit dem Erlasse zu, gegen sie läuft die Einspruchsfrist mit der Zustellung des V. U. — Auch an inneren Gründen endlich für die verschiedene Behandlung von Berufung und Revision einerseits, Einspruch anderseits fehlt es nicht:

Nach den Mot. S. 302, 314 ist es die Absicht des Gesetzgebers, daß die Einlegungsfrist bei Berufung und Revision gegen beide Parteien gleichzeitig beginnen und endigen und dadurch die gleichzeitige Verhandlung der etwa beiderseits eingelegten Rechtsmittel ermöglicht werden soll. Dies ist zwar schon dadurch erreicht, daß dem Berufungsbeklagten das Recht, für sich die Abänderung des Urtheils zu erwirken, nur in Form der Anschließung gewährt ist, sollte aber nach den Motiven durch die Vorschrift der §§ 477 II und 514 II (vergl. §§ 486, 529) besonders vorgesehen werden. Ein gleiches Bedürfniß

liegt beim Einspruch nicht vor, der nur einer Partei zusteht. Daher fehlt hier auch die Vorschrift, daß auf Antrag bis zum Ablaufe der Einspruchsfrist zu vertagen sei (vergl. § 486). Ferner soll nach Absicht des Gesetzes nicht unüberlegt appellirt werden. Daher beginnt im Civilprozeß die Einlegungsfrist (§§ 477 II, 514 II), im Strafprozeß (§§ 381, 385) die Rechtfertigungsfrist nicht vor der Zustellung des Urtheils, also erst nachdem der Appellant die Gründe des Urtheils kennen zu lernen Gelegenheit erhalten hat. Die gleiche Erwägung trifft beim Einspruch nicht zu (vergl. § 499 St. P. O.).[1])

Zur Bestätigung der hier vertretenen Meinung darf man sich noch aus der Entstehungsgeschichte und aus reichsgerichtlichen Entscheidungen gerade auf diejenigen Beweisstellen berufen, welche von Wilmowski-Levy § 304 N. 1 für ihre gegentheilige Ansicht anführen. Sie behaupten:

1) daß „die Mot. zu § 304 die Gleichstellung der Fristbehandlung, für Einspruch, Berufung und Revision" bestätigen. Die Mot. sagen aber: „Die Einspruchsfrist ist eine Nothfrist, deren Lauf mit der Zustellung des V. U. auf Betreiben der gehorsamen Partei beginnt. Diese Vorschriften stehen mit den Bestimmungen über die Fristen zur Einlegung der Berufung, Revision und sofortigen Beschwerde im Einklang". Es heißt also

a) „diese Vorschriften". §§ 477 II, 514 II sind davon nicht berührt. Richtiger könnte man, indem die Motive „diese Vorschriften" im Einklang finden, entnehmen, daß der Einklang bezüglich der Vorschriften der §§ 477 II, 514 II fehlt. Sodann sind

b) „diese Vorschriften" in Uebereinstimmung gebracht mit den Vorschriften zur Einlegung nicht nur der Berufung und Revision, sondern auch der sofortigen Beschwerde. Bei dieser fehlt eine den §§ 477 II, 514 II entsprechende Bestimmung ebenfalls, was die Singularität jener Wirkungslosigkeit bestätigt.

Dieselben Schriftsteller behaupten weiter:

2) daß die Absätze 2 der §§ 477, 514 „lediglich zum unbedingten Ausschluß aller Zweifel deklarirend hinzugefügt" wurden. Aus dem deklaratorischen Charakter folge, daß die Vorschrift, auch ohne ausdrückliche Hinzufügung, aus Abs. 1 zu entnehmen sei, daß sie also auch bei Einspruch und sofortiger Beschwerde ohne solche Deklaration gelte, „was die Mot. S. 301 bestätigen". Aber gerade das bestätigen die Mot. S. 301 nicht. Sie sagen: „Der Lauf der Frist beginnt erst mit der Zustellung des Urtheils. Der Absatz 2 des § 477 fügt deklarirend hinzu, daß die Berufung gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden kann, durch welche Verbindung der Berufungskläger die Mühen und Kosten eines zweiten Zustellungsaktes

[1]) E. 3 S. 408. Uebrigens darf einer Gesetzesbestimmung deshalb, weil Gründe nicht zu finden sind oder nicht eingesehen werden, Geltung nicht versagt werden.

spart (Mot. zum pr. Entw. S. 142, nordd. Prot. III S. 1500)". Deklaratorisch ist also nur der erste Satz von Abs. 2 der §§ 477, 514, daß nämlich die Einlegung des Rechtsmittels gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils geschehen kann[1]), folglich der andre Satz, betr. die Unwirksamkeit des vor Zustellung des Urtheils eingelegten Rechtsmittels, nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv. Soll jener deklaratorische Satz auch für den Einspruch gelten? Verbindung der Zustellung des V. U. mit der Zustellung des Einspruchs, diesen sonderbaren Gedanken hatte der Gesetzgeber nicht. „Mit der Zustellung des V. U. auf Betreiben der gehorsamen Partei beginnt" die Einspruchsfrist (Mot. zu § 304).

Die nämlichen Autoren sagen, daß das Reichsgericht E. 3 S. 375, 5 S. 357 die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde (§ 540) „für welche die Deklaration ebenfalls fehlt", schon vor der Zustellung des beschwerenden Beschlusses, mit Recht ablehnt. Aber das Reichsgericht lehnt diese „Zulässigkeit" in beiden Entscheidungen mit Recht nicht ab:

1) E. 3 S. 375 hat die Partei gegen den amtsgerichtlichen Beschluß, welcher zwar zugestellt war, aber nicht „rechtsgiltig", nach Ablauf der zwei Wochen seit dieser ungiltigen Zustellung Beschwerde erhoben, welche vom Landgericht für rechtzeitig eingelegt anerkannt, vom Oberlandesgericht als verspätet eingelegt verworfen wurde. Das Reichsgericht mißbilligte die Ansicht des Oberlandesgerichts, weil die Zustellung des Beschlusses nicht rechtsförmlich erfolgt, daher die beim Landgericht nach Ablauf von zwei Wochen eingelegte Beschwerde nicht präcludirt gewesen sei. Die Zustellung des Beschlusses war als nicht geschehen zu erachten. Das Reichsgericht hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts aufgehoben, also die Einlegung der sofortigen Beschwerde vor der (rechtsgiltigen) Zustellung des Beschlusses nicht für unwirksam erachtet.

2) E. 5 S. 357 ist die sofortige Beschwerde verworfen worden, nicht deshalb, weil sie vor der Zustellung des beschwerenden Beschlusses eingelegt, sondern deshalb, weil ein beschwerender Beschluß gar nicht erlassen worden ist. Daß die Einlegung der sofortigen Beschwerde nicht vor der Zustellung des Beschlusses erfolgen könne, ist nicht einmal angedeutet.

Die Wilmowski-Levy'sche Auslegung dieser Entscheidungen muß um so mehr auffallen, als in andern Entscheidungen des Reichsgerichts die Wirksamkeit des vor Zustellung des V. U. eingelegten Einspruchs ausdrücklich anerkannt ist (E. 3 S. 408).

Augenscheinlich ist die gegnerische Meinung auch unzweckmäßig, weil ihr gemäß Mehrkosten verursacht werden.

Was den Vollstreckungsbefehl betrifft, so wäre es gesetzgeberisch nicht zu rechtfertigen, wenn es dem Schuldner, der seinen

[1]) In der That folgt dies schon aus Abs. 1 des §.

Widerspruch verspätet erklären will, versagt wäre, nunmehr den Einspruch sofort zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzubringen (§ 462), ohne daß die Zustellung des Vollstreckungsbefehls stattgefunden hat. Oder will man ihm zumuthen, daß er selbst den Vollstreckungsbefehl zustelle, wenn der Gegner die Zustellung verzögert? Aber dieser allein hat den Vollstreckungsbefehl in Händen, braucht ihn nicht herauszugeben und könnte, ohne daß dessen Wirkung erlischt, den Einspruch thatsächlich vereiteln, wenn die Zustellung desselben vor der des Vollstreckungsbefehls entsprechend der hier bekämpften Meinung nicht gestattet wäre.

§ 4.

c) Gesetzliche Form.

Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 305[1]). Dieser muß im Anwaltsprozeß vom Rechtsanwalte der Partei, welche den Einspruch einlegt, unterschrieben sein (§ 121[6]); im Parteiprozeß wird derselbe entweder schriftlich eingereicht, mit der Unterschrift versehen (§ 121[6]), oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht (§ 457 mit § 462). Der Einspruch kann nicht gemäß § 461 mündlich erklärt werden, obwohl dies praktisch insbesondre dann nicht unangemessen wäre, wenn die säumige Partei, wie es nicht selten vorkommt, unmittelbar nach dem Erlasse des V. U. erscheint und der Gegner zur Verhandlung über den Einspruch bereit ist. Allein § 305 ist zwingend (§ 306).

Der Schriftsatz muß in allen Fällen enthalten:

1) die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird. Die Identität des Urtheils muß ersichtlich gemacht sein.

2) die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Einspruch eingelegt wird. Gaupp, Komment. z. C. P. O. II S. 202 sagt, der Gebrauch des Wortes „Einspruch" sei hier wesentlich. Aber § 305[2] bestimmt nicht, daß der Schriftsatz die Bezeichnung „Einspruch" enthalten müsse.[1] Das Gesetz legt den Nachdruck auf die Erklärung, nicht auf den Wortlaut der Erklärung. Umgekehrt genügt es nicht, dem Schriftsatze die Ueberschrift „Einspruchsschrift" zu geben, ohne daß jene Erklärung im Kontexte desselben enthalten ist. Sodann ist nöthig:

3) die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung. Nicht erforderlich ist die Hinzufügung „zur Hauptsache", „zum Zwischenstreit", da sich, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung ist, aus dem angefochtenen Urtheile von selbst ergibt (vergl. § 307). Dagegen hält man für fehlerhaft die Hinzufügung „über den Einspruch" (v. Wilmowsky-Levy § 305 N. 4) oder „über die Zulässigkeit des Einspruchs" (Seuffert § 305 N. 2). Die Folge wäre, daß nicht nur beim Ausbleiben des Gegners der Antrag auf Erlassung

[1]) Vergl. Art. 4 Nr. 1 Wechs. Ord.

eines V. U. zurückgewiesen (§ 300[2]), sondern unter allen Umständen, daß der Einspruch als unzulässig verworfen werden müßte (§ 306). Letzteres wäre zu streng. Der Termin ist freilich für die Verhandlung nicht nur über die Zulässigkeit des Einspruchs, sondern auch über die Hauptsache bestimmt. Aber Aehnliches trifft auch sonst zu. Erfolgt z. B. bei § 335[1] die Ladung „zur Beweisaufnahme", so ist dies genügend. Die gesetzliche Zweckbestimmung des Termins als Verhandlungstermin zur Hauptsache muß der andern Partei ohnehin bekannt sein. So ist es auch nach § 305 genügend, daß die Ladung überhaupt erfolgt. Ob der Termin zur Hauptsache oder zu einem und zu welchem Zwischenstreit bestimmt ist, muß die Partei aus § 307 wissen.[1])

So auch die Mot. zu § 479: „Daß zu der Erklärung, es werde Berufung eingelegt, nicht der Gebrauch solenner Worte erforderlich ist, kann bei der Tendenz des Entwurfs, das Verfahren von entbehrlichen Formen frei zu halten, als selbstverständlich angenommen werden".

Das Gleiche gilt auch vom Einspruch gegen das V. Z. U. Mit Unrecht behauptet daher Voß in Gruchot 24 S. 238, daß im Falle des Einspruchs gegen das V. Z. U. des § 430 „die Ladung zur Eidesleistung, d. h. ad videndum jurare, als rein monitorische Ladung unzureichend" sei. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen monitorischer und arktatorischer Ladung. Die Nachtheile der Nichtbefolgung einer Ladung ergeben sich im Zweifel überall aus § 208. Auch spricht § 430 ausdrücklich von einem „zur Eidesleistung bestimmten Termin" und folgt das Uebrige aus § 335[1].

In dem besondern Falle, daß der Schwurpflichtige nicht Partei ist (§§ 414, 415), geschieht die Einlegung des Einspruchs gegen das V. Z. U. (§ 430) und so auch die Ladung an den Prozeßgegner durch Schriftsatz der Partei, welcher die Eidesleistung zum Vortheil gereicht, nicht etwa durch Schriftsatz des Schwurpflichtigen.

Was die gesetzliche Form (§ 305) betrifft, so ist die Praxis des Reichsgerichts im Einklang mit den Motiven und der hier vertretenen Auffassung für die konstruktive Auslegung des Schriftsatzes, wenn ein wesentliches Stück nur mangelhaft ist, nicht etwa ganz und gar mangelt.[2])

Fehlt ein wesentliches Stück ganz, so ist der Schriftsatz nichtig. Durch nachträglichen Schriftsatz kann das fehlende Stück wirksam nicht ergänzt werden. Denn beide wären nicht ein fehlerloser, sondern zwei fehlerhafte Schriftsätze. Uebrigens spricht § 305 im Singular: „Der Schriftsatz," „derselbe muß enthalten". Auch folgt aus § 305 Abs. 1

[1]) Falsa demonstratio non nocet, wenn nicht die demonstratio als wesentlich vom Gesetz gewollt ist (Art. 41 W. O.).

[2]) E. 3 S. 391; 4 S. 356; 6 S. 349; 9 S. 388; vergl. 2 S. 397.

mit § 305 Abs. 2, welcher die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch getrennten Schriftsatz gestattet, daß das Gleiche bezüglich der wesentlichen Bestandtheile nicht geschehen darf. Bei abweichender Meinung müßte es übrigens für zulässig erachtet werden, daß der Einspruch in drei Schriftsätzen, deren jeder nur ein wesentliches Stück enthält, eingelegt werden darf.[1] — Nichts steht aber im Wege, vor Ablauf der Nothfrist an Stelle des fehlerhaften einen richtigen Schriftsatz zuzustellen.

Auf die Ladung finden die §§ 192 ff. Anwendung.

Die Zustellung muß gemäß §§ 162, 163 an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen, vorausgesetzt, daß dieser der säumigen Partei namhaft gemacht ist, in Ermangelung eines solchen an die Partei selbst.[2]

Alles das gilt auch vom Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl. Gehört der Anspruch nicht vor das Amtsgericht, so erfolgt die Ladung weder zur Hauptsache, noch zum Zwischenstreit, sondern zur Verhandlung über den Einspruch (§ 640). Dabei kommen die §§ 162, 163 nicht zur Anwendung. Denn das Verfahren über den Einspruch findet nicht statt „vor dem Instanzgerichte" (§ 163). Das Amtsgericht ist auch nicht Vollstreckungsgericht (§ 163, vergl. § 704 III). Die Zustellung an die Partei selbst genügt also den gesetzlichen Erfordernissen.

d) Negative Voraussetzungen.[3]

§ 5.

α) Verzicht.

Man unterscheidet zwischen dem Verzichte auf den Einspruch vor und nach dem Erlasse des Urtheils.

1) Was den Verzicht vor dem Erlasse des Urtheils betrifft, so sagen die Mot. zu § 475, daß die Gültigkeit desselben lediglich nach dem Civilrechte zu beurtheilen und daß derselbe dem Kompromiß analog sei. In Uebereinstimmung hiermit wird in allen Kommentaren und Lehrbüchern über die Gültigkeit dieses Verzichts nicht einmal ein Bedenken geäußert. Und dennoch ist dazu Anlaß gegeben.[4] Man kann nämlich gegentheilig geltend machen, daß dieser Verzicht prozeßrechtlich ist und daß nach § 14[1] E. G. z. C. P. O. die bisherigen prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze über diesen Punkt außer

[1] S. jedoch § 191 II.

[2] Vergl. Busch Zeitschr. f. Civ. Pr. Bd. 8 S. 515 ff.

[3] Der an sich statthafte Einspruch kann durch Verzicht oder Zurücknahme verloren gehen. Hierüber sind in §§ 311, 475, 476 Bestimmungen getroffen.

[4] Jedenfalls dürfte eine andre Begründung als der bloße Hinweis auf die Mot. angezeigt sein.

Kraft getreten sind. In der That wird es nicht zu bezweifeln sein, daß die Bestimmungen des franz. Rechts, auf welche die Mot. a. a. O. sich beziehen (art. 7, 1010 code de proc, art 639[2] code de comm.). durch § 14[1] cit. beseitigt worden sind. Sodann kann geltend gemacht werden, daß die Wirkungen auch des vertragsmäßigen Verzichts nach den Vorschriften der C. P. O. sich bestimmen (vergl. z. B. § 482[1]); ferner daß auch der § 38 ein Analogon zum Kompromiß ist und daß doch die C. P. O., offenbar wegen § 14[1] cit., es für nöthig gefunden hat, die Gültigkeit des Prorogationsvertrags mittelst ausdrücklicher Bestimmung zu sichern, wodurch der Satz bestätigt wird, daß die Natur des Civilprozesses Abweichungen nur duldet, wenn sich deren Zulässigkeit aus der C. P. O. selbst ergibt. Endlich ist auf das Kompromissum selbst hinzuweisen: hätte dasselbe prozeßrechtliche Bedeutung ohne die §§ 851 ff.? Dazu kommt, daß, was z. B. die Berufung betrifft, welche in Bezug auf den Verzicht für den Einspruch vorbildlich ist, § 472 das Recht der Berufung schlechthin gewährt, nirgends beschränkt durch einen vor Erlassung des Urtheils erklärten Verzicht. Ein solcher kann daher der trotzdem eingelegten Berufung nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Deshalb muß die Wirksamkeit des vor Erlassung des Urtheils vereinbarten Verzichts auf die Berufung verneint werden. Das Gleiche gilt auch für Revision und Einspruch. Bei der Revision hat ein solcher Verzicht noch wegen § 524 mit § 516 keine Wirkung. Man kann dagegen nicht einwenden, daß die Prüfung der Zulässigkeit von Amtswegen erfolge (§§ 497, 529). Diese Prüfung beschränkt sich auf die Statthaftigkeit an sich. Auch aus den Bestimmungen des Civilrechts kann nichts Gegentheiliges entnommen werden. Civilrechtlich mag der Verzicht wirksam sein, prozeßrechtlich ist er's nicht (§§ 472, 507 ff., 303 C. P. O. mit § 14[1] E. G. z. C. P. O.). Und aus § 479 ist das arg. a contr. nicht gestattet.[1])

Beim Einspruch steht der Wirksamkeit des vor Erlassung des V. U. erklärten Verzichts noch ein besondres Bedenken entgegen. Ein solcher Verzicht würde die Verpflichtung der Partei enthalten, in dem zur Verhandlung bestimmten Termin nicht zu verhandeln (§ 298). Wäre derselbe wirksam, so müßte das Gericht befugt sein, auf Grund des Verzichts die Partei vom Verhandeln zurückzuweisen. Die Berechtigung des Gerichtes zu dieser Maßregel müßte sich aus der Erwägung ergeben, daß die Vereitelung des Eintritts der Bedingung des Verzichts durch den bedingt Verpflichteten die Wirkung hat, daß

[1]) Der Fall ist ähnlich dem des § 366: „Eine Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten." Ist der vorher vereinbarte außergerichtliche Verzicht bindend? Ebenso § 401. Ist ferner die außergerichtliche Erlassung des Eides, die außergerichtlich übernommene Verpflichtung, den Eid zu weigern, bindend? Civilrechtlich mag einer solchen Vereinbarung nichts im Wege stehen. Aber prozeßrechtlich ist dieselbe unwirksam.

doch die Bedingung für erfüllt zu erachten ist.[1]) Allein eine solche Zurückweisung ist ungerechtfertigt (§ 474[II]). Daher kann die Partei ungeachtet der Verzichtserklärung erscheinen und die Erlassung des V. U. verhindern.[2]) Der Vertrag ist unter der wenn auch stillschweigend erklärten Bedingung abgeschlossen, daß der Verzichtende nicht erscheine (§ 298), und der Eintritt hängt vom Willen des bedingt Verpflichteten ab, also ist aus diesem Grunde der Vertrag unwirksam (vergl. art. 1174 code civil, l. 108 § 1 D. V. O. 45, 1).

Der Verzicht auf den Einspruch vor Erlassung des V. U. ist daher ohne prozeßrechtliche Wirkung.[3])

2) Der Verzicht nach Erlassung des Urtheils bedarf nicht der Annahme (§§ 475, 311). Man möchte geneigt sein, für diesen Verzicht Formen der C. P. O. zu erfordern, sei es Schriftsatz oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung. Allein die Nothwendigkeit einer solchen Form kann nicht erwiesen werden. Sie folgt auch nicht aus der Natur der Sache, sonst hätte es für die Zurücknahme einer ausdrücklichen Vorschrift (§ 476) nicht bedurft. Immerhin muß aber die Willenserklärung in bindender Absicht abgegeben sein, z. B. in Gegenwart des Gegners oder seines Prozeßbevollmächtigten.

Dieser Verzicht kann auch stillschweigend erklärt werden, durch konkludente Handlungen. Aber es besteht kein Rechtssatz, welcher in bestimmten Handlungen den Verzichtswillen präsumirt. Befriedigung des Prozeßgegners, Bezahlung der Kosten können zwar den Verzichtswillen enthalten, aber auch in andrer Absicht geschehen sein; es ist Frage des einzelnen Falles, was zutrifft. Allein über die Wirksamkeit des Verzichts durch konkludente Handlungen besteht Meinungsverschiedenheit, zu welcher die Vorarbeiten zur C. P. O. Anlaß gegeben haben. § 475 enthielt einen später weggelassenen Absatz 2 folgenden Inhalts: „Die Verzichtleistung kann auch durch Handlungen erfolgen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urtheil nicht anfechten zu wollen." Die Mot. S. 300 sagen hiezu: „Dem ausdrücklichen Verzichte werden aus derselben Ursache (Begünstigung der Rechtskraft) durch § 475 konkludente Handlungen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urtheil nicht anfechten zu wollen, gleichgestellt. Zur Vermeidung einer schädlichen Kasuistik unterließ es aber der Entwurf, eine in andern Gesetzgebungsarbeiten versuchte Spezialisirung zu geben, welche Handlungen als konkludente gelten bezw. gelten sollen."

In der Kommission des Reichstags wurde bei der ersten Lesung der Abs. 2 gestrichen auf Antrag eines Abgeordneten, welcher hierzu

---

[1]) Arndts Pand. § 69 Nr. 1.

[2]) Wer in der Versäumniß Ungehorsam gegen die Obrigkeit (Kontumaz) erblickt, hat auch öffentlich rechtliche Gründe gegen diesen Verzicht: S. Troll, V. U. S. 119. 120.

[3]) Ob Konventionalstrafe oder das Interesse wegen Zuwiderhandlung gefordert werden kann, bleibt dahin gestellt.

erklärte: „Die Bestimmung des § 475[II] sei nicht praktisch. Es sei denkbar, daß über die Frage, ob die Berufung durch konkludente Handlungen zurückgenommen worden sei, ein neuer Streit entstände. Da die Urtheile in vielen Fällen sofort vollstreckbar, so braucht z. B. selbst daraus, daß der Beklagte bezahle, nicht ohne weiters gefolgert zu werden, daß er auf ein etwa eingewandtes Rechtsmittel zu verzichten gemeint gewesen sei."

Dieser Motivirung kann aber nicht die geringste Bedeutung beigelegt werden. Der Antragsteller hat in diesen beiden Sätzen zweimal gezeigt, daß er entweder mit der Terminologie des Gesetzes nicht vertraut oder nicht bei der Sache war. Wie könnte er sonst zweimal von Zurücknahme statt von Verzicht reden?[1]) Sodann war er sich der Bedeutung des gestrichenen Abs. 2 des § 475 nicht bewußt. Er meint, daß gemäß dem projektirten Abs. 2 in Handlungen, aus welchen ein Verzicht entnommen werden *kann*, der Verzichtswille zu *präsumiren* sei. Aber das lehnen die Mot. ausdrücklich ab und enthielt jener Abs. 2 nicht. Wäre er nicht gestrichen worden, so würde ganz sicher „daraus, daß der Beklagte bezahle, *nicht ohne weiters* gefolgert werden", daß er verzichte.

Demnach ist der Abs. 2 des § 475 als ohne Motivirung oder als in der irrthümlichen Meinung gestrichen zu erachten, daß im Falle seiner Reception die *möglicherweise* konkludenten Handlungen *präsumtivermaßen* solche wären. Es ist daher so zu urtheilen, als ob § 475[II] niemals projectirt gewesen wäre. Und da eine bestimmte Form für die Erklärung des Verzichts nicht vorgeschrieben ist (§ 475 mit § 476), so kann diese Erklärung in der nämlichen Weise wie sonstige Willenserklärungen stattfinden, und wie bei diesen ist auch beim Verzicht nach § 475 mit § 311 Konkludenz nicht ausgeschlossen.[2])

Die Erklärung des Verzichts nach Erlassung des Urtheils hat keine Bedeutung in der Revisionsinstanz. Dies gilt nicht nur für das Rechtsmittel der Revision, sondern, was hier interessirt, auch für den Einspruch gegen ein V. U. des Revisionsgerichts. Denn von Amtswegen wird nur geprüft, ob diese Anfechtungsmittel „*an sich*" statthaft sind. Der Verzicht setzt dies voraus; er beseitigt nicht die Statthaftigkeit an sich. Folglich ist er nicht Gegenstand der Officialprüfung. Außerdem steht seiner Geltendmachung § 524 mit § 516 entgegen.

Der Verzicht kann durch und an den Prozeßbevollmächtigten erklärt werden. Die Befugniß zu dieser Erklärung ist nothwendiger Bestandtheil der Prozeßvollmacht im Anwaltsprozeß (§§ 77, 79). Anwaltszwang für die Verzichtserklärung besteht nicht (*Seuffert* § 475 N. 2).

---

[1]) arg: a) „ob die Berufung durch konkludente Handlungen *zurückgenommen* worden sei"; b) „auf ein *eingewandtes* Rechtsmittel zu verzichten."

[2]) So insb. auch *Hellmann*, Lehrb. d. deutsch. Civ. Pr. R. S. 645 ff. Lit. bei *Seuffert* § 475 N. 2.

Während der Verzicht auf die Berufung rückgängig wird dadurch, daß der Gegner das Rechtsmittel einlegt (§ 482), läßt sich ein Gleiches beim Verzicht auf den Einspruch nicht konstruiren.

Der Verzicht hat die Wirkung, daß der Einspruch verloren geht, vorausgesetzt, daß der Einspruch an sich statthaft ist. Ist er gegen ein kontrad. U. oder gegen ein V. U. der §§ 216, 310 erklärt, so kann dies konkludent für den Verzicht auf das Rechtsmittel sein.

§ 6.

β. Zurücknahme.

Im Grunde genommen ist auch die Zurücknahme Verzicht.[1]) Sie setzt aber voraus, daß der Einspruch bereits eingelegt ist. Sie kann vertragsmäßig oder einseitig geschehen (§ 476 mit § 311).

1) Vertragsmäßige Zurücknahme. Einwilligung des Gegners ist erst nach dessen mündlicher Verhandlung erforderlich. Nach Seuffert § 243 N. 3[a, 5d.] § 476 N. 3[a, 5c] und andern Schriftstellern soll die Zurücknahme auch nach Erlassung des Urtheils in der Instanz, überhaupt vor der Rechtskraft, also auch in der höhern Instanz erklärt werden können, folglich selbst nach der Zurückverweisung in die untere Instanz (§§ 500, 501, 528) und im Nachverfahren der §§ 502, 503 (Seuffert § 476 N. 3[a]). Aber das kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. In der That folgt das Gegentheil aus §§ 289, 498, 527. Daher ist nach Erledigung des Einspruchs durch Urtheil die Zurücknahme nicht mehr möglich. Die Zurücknahme der Klage, des Rechtsmittels, des Einspruchs noch zuzulassen, nachdem über diese Dinge bereits entschieden ist; den Verlust des Rechtsmittels bezw. des Einspruchs auszusprechen nach deren Durchführung; eine Entscheidung über die Kosten zu treffen (§§ 243 III, 476 III), nachdem dies schon geschehen ist, — das hätte keinen Sinn. Auch müßte das Gleiche beim Einspruch gegen ein V. Z. U. gestattet sein. Welche Verwirrung, wenn noch in der Revisionsinstanz der Einspruch gegen ein V. Z. U. erster Instanz, das nach § 474 II mit § 473 und § 529 der Prüfung des Rechtsmittelgerichts noch unterliegt,[2]) zurückgenommen werden könnte.

Auf die Zurücknahme mit Einwilligung des Gegners ist § 476 II nicht anwendbar. Denn die Zustellung eines Schriftsatzes ist einseitige Prozeßhandlung, im Falle des § 476 II also einseitige Zurücknahme. Eine Erklärung der Einwilligung durch Zustellung eines

---

[1]) Jedoch hat die lediglich wegen wirklicher oder vermeintlicher Mangelhaftigkeit des Einspruchschriftsatzes geschehene Zurücknahme nicht die Wirkung des Verzichts auf den Einspruch. Danach gibt es eine Zurücknahme ohne Verlust des Rechts und eine solche mit Verlust des Rechts (Vergl. § 243 mit § 277).

[2]) S. Troll, V. U. § 53.

Schriftsatzes sieht das Gesetz nicht vor. Es muß aber auch die Zurücknahme nach § 476II durch „Erklärung in der mündlichen Verhandlung" als einseitige verstanden werden (arg. „wenn sie" in § 476II). Demnach enthält § 476 keine Bestimmung über die Form der vertragsmäßigen Zurücknahme. Folglich kann diese sowohl in der mündlichen Verhandlung als außerhalb, auch durch konkludente Handlungen, erklärt werden, nur mit dem Unterschiede, daß dort die Zurücknahme offenkundig (§ 264), während hier im Falle der Bestreitung Beweis zu führen ist. In der Revisionsinstanz kann daher eine außerhalb der mündlichen Verhandlung vereinbarte Zurücknahme nicht geltend gemacht werden (§ 524 mit § 516).

2) Einseitige Zurücknahme. Sie ist nur gestattet bis zur mündlichen Verhandlung des Prozeßgegners. Daher ist sie schon ausgeschlossen, wenn dieser über die Zulässigkeit des Einspruchs verhandelt hat.[1]) Als Grund dieser Schranke der einseitigen Zurücknahme (§ 476I) geben die Mot. die Rücksicht auf die Anschlußberufung des Gegners an. Dies trifft beim Einspruch nicht zu. Allein der Prozeß wird nach § 307 restituirt, und das wirkt für den Gegner wie bei Rechtsmitteln die Anschließung. Ist man aber mit Seuffert § 474 N. 1IV der Meinung, daß ein theilweise klagsabweisendes Urtheil nach § 296II insoweit von § 307 unberührt bleibt, so müßte in Konsequenz jenes in den Mot. angegebenen Grundes die Schranke (§ 476I) der einseitigen Zurücknahme des Einspruchs fallen weil sie sonst etwas andres als Kostenchicane nicht bezwecken könnte. Allein jener Ansicht Seufferts ist nicht beizupflichten.

Der einseitigen Zurücknahme ist die Form der Erklärung durch Schriftsatz eigenthümlich. Hiefür besteht Anwaltszwang (§ 74). Im Parteiprozeß ist § 462 nicht anwendbar. Mit dem Schriftsatz wird nämlich eine Ladung nicht verbunden (erstes „wenn" des § 462), und der Schriftsatz enthält weder eine Intervention noch eine Streitverkündung (zweites „wenn" des § 462), endlich trifft § 463 nicht zu. Die Analogie aber verbietet sich aus § 456. Demgemäß kann die Zurücknahme nicht zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. Daher ist auch hier sofort nach erfolgter Zustellung (jedoch § 152II) eine Abschrift des Zurücknahmeschriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts zu hinterlegen (§ 476II mit § 311). Diese sofortige Hinterlegung hier wie im Anwaltsprozeß hat zur Folge, daß bei Versäumniß einer Partei darauf Rücksicht genommen wird. Der Gerichtsschreiber muß auf der hinterlegten Abschrift das Datum

[1]) Die einseitige Zurücknahme der Klage ist erst durch die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache unmöglich. Seuffert § 476 N. 3b behauptet, ohne Angabe eines Grundes, daß die Zurücknahme der Rechtsmittel und des Einspruchs einseitig noch geschehen könne, wenn der Gegner nur über die Zulässigkeit des Anfechtungsmittels verhandelt hat.

der Zustellung vermerken, weil dadurch die geschehene Zustellung gerichtsbekannt wird (arg. „nach erfolgter Zustellung").

Sowohl die vertragsmäßige wie die einseitige Zurücknahme kann in der mündlichen Verhandlung erklärt werden. Da wenn auch nicht die Wahrscheinlichkeit, so doch die Möglichkeit besteht, daß der Antrag des § 476III nicht sofort, sondern erst in einem spätern Termin gestellt wird, so ist es angezeigt, die mündliche Erklärung schriftlich festzustellen, weil sie sonst, z. B. im Falle eines Richterwechsels, vereitelt werden könnte. Das Gericht hat die Zurücknahme nicht von Amtswegen zu prüfen (arg. „an sich[1] statthaft" § 306), auch nicht von Amtswegen zu protokolliren. Die Feststellung zum Sitzungsprotokoll erfolgt auf Antrag (§ 270, jedoch § 470[1]).[2]

Die Zurücknahme hat den Verlust des Einspruchs und die Verpflichtung zur Folge, die durch den Einspruch entstandenen Kosten zu tragen (§§ 476III, 311). Auf einem dem § 482 entsprechenden Wege wird sie nicht rückgängig. Da die Einlegung des Einspruchs vor Zustellung des V. U. geschehen kann, so hat auch in diesem Falle die Zurücknahme die gewöhnliche Wirkung. Vorausgesetzt ist überall, daß in der Zurücknahme der Verzichtswille sich offenkundig macht. Geschieht sie, weil der Einspruch fehlerhaft ist, so hat dies nicht die Wirkung des § 476 mit § 311. Es liegt kein Einspruch vor, folglich auch nicht Zurücknahme eines Einspruchs. War er nur vermeintlich fehlerhaft, so ist die deshalb erfolgte Zurücknahme nicht vom Verzichtswillen erfüllt und steht der abermaligen Einlegung nichts im Wege, insbesondre wenn jene Zurücknahme unter dem Vorbehalte der verbesserten Einlegung erfolgt ist (E. 9 S. 420 ff). Bedingte Zurücknahme ist selbstverständlich nichtig.

Die Wirkungen der Zurücknahme, Verlust des Einspruchs und Verpflichtung zur Tragung der Kosten, sind auf Antrag durch Urtheil auszusprechen (§ 476III). Der Antrag braucht nicht durch Schriftsatz vorher mitgetheilt, noch in der mündlichen Verhandlung verlesen zu werden; jenes nicht, weil der Antrag niemals von der Art ist, daß der Gegner „voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann" (§ 245); dieses nicht, weil ein Antrag, der nicht durch Schriftsatz mitzutheilen ist, auch nicht verlesen zu werden braucht (arg. § 269[1]).[3] Wird der Einspruch gegen ein V. Z. U. zurückgenommen, so hat es keinen Werth, die Verpflichtung zur Tragung der Kosten durch Zwischenurtheil auszusprechen (§ 98).[4]

Beim Ausbleiben der Partei, welche den Einspruch zurückgenommen hat, ergeht nicht ein V. U.[5] Die Versäumnißfolge läßt

[1]) Zur Rechtfertigung dieser Auslegung vergl. § 38: „an sich unzuständig."
[2]) So auch Seuffert § 476 N. 4, § 245 N. 4.
[3]) S. Troll, V. U. S. 56 ff.
[4]) S. u. § 10.
[5]) A. A. E. 6 S. 364 ff. Auch v. Wilmowski-Levy § 476 N. 4, Struckmann-Koch § 476 N. 3. Die anscheinende Milde dieser Autoren bei

sich nicht realisiren. Bleibt der Gegner aus, so kann der nach § 476 III mit § 311 erforderliche Antrag nicht gestellt, andrerseits auch nicht V. U. wider ihn erlassen werden. Denn wiewohl die Zurücknahme nicht von Amtswegen zu prüfen ist (§ 306 „an sich statthaft"), so wird auf sie als einen constitutiven Akt infolge der durch die Hinterlegung geschaffenen Gerichtskundigkeit (§ 264) beim Ausbleiben des Gegners doch Rücksicht genommen und der Zurücknehmende mit widersprechenden Anträgen, mögen sie auch schriftlich mitgetheilt sein (§ 300 3), nicht gehört, da der Gegner mit der Zurücknahme ein Recht (476 III) erworben hat und Verlust dieses Rechts als Folge seines Ausbleibens nicht normirt ist. Der Zurücknehmende kann daher allein überhaupt nicht verhandeln, also ruht das Verfahren. Damit wird bestätigt, daß auch beim Ausbleiben des Zurücknehmenden gegen ihn auf Antrag des Erschienenen ein V. U. nicht ergeht. Wenn beim Erscheinen er nicht verhandeln kann, wie soll da sein Ausbleiben Versäumniß sein?

3. Wirkung des Einspruchs.

§ 7.

a) Rücksichtlich der Zwangsvollstreckung.

Ist das V. U. nicht als Z. U. ergangen, so ist es materiell der Rechtskraft fähig. Nach dem Eintritt derselben findet Zwangsvollstreckung statt. Durch Einlegung des Einspruchs aber wird diese Wirkung gehemmt, Zulässigkeit desselben vorausgesetzt (§ 645). Fehlt letzteres, so wird „Suspensiveffect" nicht begründet, nicht einmal bis zur rechtskräftigen Verwerfung des Einspruchs. Sonst hätte ja die Partei, gegen welche das V. U. erlassen ist, es in der Hand, durch fortwährende Einlegung unzulässiger Anfechtungsmittel den Vollzug des nicht für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils für immer zu hemmen.

Demgemäß hat nach unbenutzter Einspruchsfrist (§ 645) auf Begehren des obsiegenden Theiles der Gerichtsschreiber, wie das Zeugniß über die Rechtskraft, so auch die vollstreckbare Ausfertigung (§ 662) des Urtheils zu ertheilen, selbst dann, wenn mit dem verspäteten Einspruch ein Gesuch um Wiedereinsetzung verbunden ist (§ 647). Hiernach obliegt dem Gerichtsschreiber die Prüfung, ob der

---

Zurücknahme eines Rechtsmittels verwandelt sich in Härte beim Einspruch. Ist dieser einseitig zurückgenommen, so müßte das V. U. nach § 476, weil zur Hauptsache noch nicht verhandelt ist, gemäß § 310 ergehen, so daß überall kein Einspruch, die Rechtsmittel aber in Folge jener unrichtigen Anwendung des Versäumnißverfahrens nur prekär nach § 474 II mit § 529 zustehen würden. Unbegründet ist die Meinung Möllers in Gruchot, Beitr. z. Erläut. d. deutsch. R. 26 S. 284, daß der Zurücknehmende zur Verhandlung über den Antrag des § 476 III geladen werden müsse. — S. Troll, V. U. S. 81 ff., S. 90 A. 1.

Einspruch rechtzeitig eingelegt ist (§ 646). Aber auch die sonstigen Voraussetzungen der Zulässigkeit hat er zu prüfen „auf Grund der Prozeßakten" (§ 646[1]), wenn nach Einlegung des Einspruchs die Gegenpartei eine vollstreckbare Ausfertigung oder ein Zeugniß über die Rechtskraft verlangt, nachdem die Einspruchsfrist verstrichen ist. Denn „genügt" im Falle des § 646[1] das Zeugniß über den unbenutzten Verlauf der Nothfrist, so ist in andern Fällen das Zeugniß über die Rechtskraft erforderlich, und dieses macht die Prüfung, ob der rechtzeitige Einspruch formgerecht und an sich statthaft sei, unerläßlich.

Es fragt sich, ob wegen Verzichts oder Zurücknahme die vollstreckbare Ausfertigung und das Zeugniß der Rechtskraft schon vor Ablauf der Nothfrist begehrt werden kann. Die Frage müßte bejaht werden, wenn richtig wäre, was v. Wilmowski-Levy behaupten: 1) daß durch den erklärten Verzicht die Berufung an sich unstatthaft werde und deshalb ohne Eingehen auf die Sache als unzulässig zu verwerfen sei (§ 497) und daß, wenn beide Parteien verzichten, das Urtheil gemäß § 645 formelle Rechtskraft erlangt (§ 475 N. 3); 2) daß die Wirkungen einer giltig erklärten Zurücknahme auch mit Einwilligung des Gegners nicht beseitigt werden können (§ 474 N. 4); 3) daß Verzicht auf das zulässige Rechtsmittel oder den zulässigen Einspruch sowie Zurücknahme desselben (§§ 475, 476, 311) dem Ablauf der Frist gleichstehen, sofern Verzicht bezw. Zurücknahme die Anfechtbarkeit für alle Theile erledigt, da für den Verzichtenden dann die Frist gegenstandslos geworden sei. Allein diese Meinung erregt Bedenken. Ohne Zweifel kann der Verzicht auf Rechtsmittel mit Einwilligung des Gegners wirksam beseitigt werden, sofern nur die Nothfrist noch nicht verstrichen ist. Es kann ja der Gegner durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels dem Verzichtenden das Anschließungsrecht verschaffen (§ 482[1]). Gestattet das Gesetz auf diesem Umweg, dann gestattet es auch auf dem geraden Weg die Beseitigung des Verzichts mit Einwilligung des Gegners. Folglich kann auch der beiderseitig erklärte Verzicht rückgängig gemacht werden. Was für den Verzicht gilt, kann nicht anders sein bei der Zurücknahme. Denn sonst müßte man dem Gegner das Rechtsmittel gestatten, dem Zurücknehmenden die Anschließung versagen. Aber wenn nach den Mot. S. 304 dem Verzichtenden die Anschließungsbefugniß gewährt wird, weil der Verzicht „der Regel nach nur als unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben anzusehen" ist, so ist dieser Rechtfertigungsgrund ebensogut für die Anschließungsbefugniß des Zurücknehmenden brauchbar. Die Zurücknahme des Rechtsmittels ist zudem ihrer Natur nach Verzicht auf dasselbe und hat die gleichen Wirkungen in der Sache[1]). Rücksichtlich der Anschließungsbefugniß rechtfertigt sich die Gleichstellung von Verzicht und Zurücknahme aus der

[1]) Vergl. aber o. S. 19 N. 1.

Natur beider Rechtshandlungen, aus den Mot. S. 304 und aus dem Mangel entgegenstehender Vorschriften. So ist es denn auch erklärlich, daß, wenn beide Parteien Rechtsmittel eingelegt oder der Rechtsmittelbeklagte sich angeschlossen hat, eine Zurücknahme [1]) als nicht geschehen zu erachten ist. Die Parteien können also über Verzicht und Zurücknahme vertragsmäßig disponiren, ohne daß das Gericht von Amtswegen entgegenwirkt (§§ 306, 497 „an sich statthaft").

Da hiernach Verzicht und Zurücknahme, selbst beiderseitig erklärt, nicht gleich dem Ablauf der Nothfrist wirken, so ist die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung des nicht für vorläufig vollstreckbar erklärten V. U. oder die Ertheilung des Zeugnisses seiner Rechtskraft nicht vor Ablauf der Einspruchsfrist gestattet. Freilich kommt beim Einspruch in Betracht, daß Verzicht und Zurücknahme auf einem dem § 482[1] entsprechenden Wege nicht rückgängig gemacht werden können. Aber dessen bedarf es nicht. Auch beim Einspruch prüft das Gericht von Amtswegen nur die Statthaftigkeit an sich, nicht auch Verzicht und Zurücknahme. Daraus folgt die Zulässigkeit des Einspruchs trotz Verzicht und Zurücknahme, genug daß die Frist noch nicht abgelaufen ist und der Gegner zustimmt. Vor Ablauf der Nothfrist tritt also die Rechtskraft und die auf ihr beruhende Vollstreckbarkeit nicht ein.

Allein es gibt Fälle, in welchen eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung vorläufig vollstreckt werden darf, trotzdem gegen dieselbe der Einspruch zulässig ist. Hier hemmt der Einspruch die Rechtskraft, nicht aber die Vollstreckbarkeit der Entscheidung. Dies trifft zu beim Vollstreckungsbefehl (§ 640) und bei dem für vorläufig vollstreckbar erklärten V. U. (§§ 648—650). Hier kann die Zwangsvollstreckung ihren Fortgang nehmen ohne Rücksicht auf den Einspruch. Aber infolge des eingelegten Einspruchs kann die vorläufige Vollstreckbarkeit rückgängig werden in zweifacher Weise:

1) indem die Ausführung der Entscheidung, welche die vorläufige Vollstreckbarkeit ausspricht, eingestellt wird. Dies geschieht nach §§ 657, 647 durch bloßen Beschluß, auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung. Der Einspruch muß aber bereits eingelegt, d. h. der Einspruchsschriftsatz zugestellt sein (§§ 657, 305 vergl. mit §§ 647, 214[1]). Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt (§ 647[II]). Das Gericht ist aber an denselben nicht gebunden (§ 289), kann ihn also aufheben und der vorläufigen Vollstreckbarkeit ihren Lauf lassen. Er tritt von selbst außer Kraft, wenn durch das infolge des Einspruchs ergehende Urtheil (§ 308) das V. U. in der Hauptsache oder in der Vollstreckbarkeitserklärung aufgehoben wird (§ 655[1]).

[1]) abgesehen von § 496. S. Seuffert § 476 N. 5a.

— Die §§ 657, 647 finden auch auf den Vollstreckungsbefehl Anwendung.

Die Beseitigung der vorläufigen Vollstreckbarkeit kann erfolgen:

2) indem die Entscheidung selbst, welche die vorläufige Zwangsvollstreckung anordnet, ganz oder theilweise aufgehoben wird, entweder so,

a) daß nur die Vollstreckbarkeit aufgehoben oder abgeändert wird. Dies kann mit dem Endurtheil geschehen, welches nach § 308 die Entscheidung in der Hauptsache bestätigt und nur die Vollstreckbarkeit aufhebt; aber auch so, daß nach eingelegtem Einspruch im Termin zur mündlichen Verhandlung auf Antrag vorab über die vorläufige Vollstreckbarkeit verhandelt und entschieden, die Vollstreckbarkeit des mit Einspruch angefochtenen Urtheils nicht nur suspendirt, sondern definitiv aufgehoben wird. Diese Entscheidung ist Urtheil und unterliegt selbstständig der Berufung (§§ 655[I], 654, 292, 478), nicht aber der Revision (§ 656[III]). Es sind zwar Zweifel geäußert, ob das Gericht auf erhobenen Einspruch hin über die vorläufige Vollstreckbarkeit des V. U. entscheiden kann und ist die Meinung ausgesprochen worden, daß nur Rechtsmittel gegen diesen Theil der Entscheidung stattfinden.[1]) Allein sicher ist, daß bei Aufhebung des V. U. (§ 308) das Gericht über die Vollstreckbarkeit entscheiden *muß* (§ 655[I]), und so liegt nahe, daß sonst über diesen Punkt es entscheiden *kann*. — Durch den Antrag auf Abänderung der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit verliert die Partei nicht die Befugniß, die Suspension der vorläufigen Zwangsvollstreckung gemäß §§ 657, 647 zu begehren. Es können beide Gesuche kumulativ gestellt werden. Jedenfalls wird die Entscheidung nach §§ 657, 647 mit der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit formell beseitigt, materiell, soweit sie nicht in diese übergeht.

Die Vollstreckbarkeit wird ferner aufgehoben bezw. abgeändert:

b) dadurch, daß die Entscheidung in der Hauptsache aufgehoben, bezw. abgeändert wird (§§ 655[I], 308). Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn die Entscheidung weiterer Anfechtung unterliegt, und sie tritt ein, ohne daß es ausdrücklich ausgesprochen ist (§ 655[I]). Der Gegner muß sogar nach § 655[II] auf Erstattung dessen, was an ihn auf Grund des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils gezahlt oder geleistet worden ist, verurtheilt und dieses Urtheil kann gegen ihn für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (§§ 648—650). Wenn dagegen das frühere Urtheil bestätigt wird, so bleibt auch die frühere Vollstreckbarkeitserklärung aufrecht. Die etwa nach §§ 657, 647 getroffenen Maßregeln fallen infolge des neuen Urtheils weg, es müßte denn sein, daß sie in die neue Entscheidung materiell auf-

---

[1]) Tränkner bei Busch, Ztschr. f. C. P. 7 S. 364 ff.

genommen sind (vergl. §§ 657, 647 mit §§ 651, 652)[1]). Die vorläufige Vollstreckbarkeit kann auch in einem Ergänzungsurtheil ausgesprochen werden (§§ 292, 654). Dann liegen zwei Urtheile vor, und ist es nicht undenkbar, daß beide von der säumigen Partei getrennt angefochten werden, das V. U. mit Einspruch, das Ergänzungsurtheil mit Berufung. Auf diesen Fall ist § 486 nicht berechnet. Da aber in beiden Instanzen die nämliche Frage, Vollstreckbarkeit, Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung geworden ist, so könnten widersprechende Urtheile hervorgehen, wenn nicht das eine Gericht die Erledigung des Streites in der andern Instanz abwarten würde. Nach dem Grundgedanken des § 486 (vergl. Mot. zu § 489), welcher auch hier zutrifft, und gemäß § 139 wird das Berufungsgericht die Sache aussetzen bis zur Erledigung der Vollstreckbarkeitsfrage im Einspruchsverfahren. Würde dies nicht geschehen, so könnte die Entscheidung des Berufungsgerichts in vielen Fällen illusorisch sein. Was nützte die in der Berufungsinstanz bestätigte Vollstreckbarkeit, wenn mittlerweile das V. U. erster Instanz aufgehoben und der Gläubiger gar zum Ersatze nach § 655 verurtheilt worden ist?[2])

Möglich ist auch, daß die säumige Partei blos das Ergänzungsurtheil angreift. Dies geschieht mit Berufung selbst dann, wenn im Termin des § 292 wiederum in Abwesenheit jener Partei entschieden worden ist. Die Vollstreckbarkeitserklärung realisirt eine Versäumnißfolge nicht, daher ist sie nicht V. U.

Während der Säumige gegen das V. U. Einspruch einlegt, ist es denkbar, daß der Gegner das Ergänzungsurtheil des § 654 beantragt und daß sogar für beide Zwecke ein und derselbe Termin bestimmt wird. Die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit darf dann wegen der Möglichkeit, daß das V. U. aufgehoben wird, nicht abgelehnt werden.

---

[1]) Tränkner a. a. O. meint, daß gegen die Vollstreckbarkeitserklärung nur Rechtsmittel zustehen und daß z. B. wenn die Partei sich zwar dem V. U. in der Hauptsache unterwirft, nicht aber in Bezug auf die Vollstreckbarkeit, sie gegen den letzteren Theil der Entscheidung Berufung einlegen müsse, nicht etwa Einspruch erheben könne. Aber bei solcher Unterwerfung ist das V. U. von ihrer Seite überhaupt unanfechtbar geworden und kann auch die Vollstreckbarkeitserklärung nicht angegriffen werden. Jene Unterwerfung ist Verzicht auf den Einspruch oder Zurücknahme. Beides ist untheilbar, bezieht sich auf das ganze Urheil, also auch auf die Vollstreckbarkeitserklärung. Sodann steht gegen ein und dasselbe Urtheil der nämlichen Partei Einspruch und Berufung nicht zu (§§ 303, 474).

[2]) Besser wäre es allerdings, der säumigen Partei die Berufung gegen das die Vollstreckbarkeit aussprechende Ergänzungsurtheil zu versagen (Struckmann-Koch §§ 648-659 N. 2 S. 693). Aber nach §§ 654, 292, 478 (Mot. zu § 292) ist eine solche singuläre Behandlung dieses Ergänzungsurtheils nicht zu rechtfertigen.

§ 8.

b) Rücksichtlich des Prozesses. Restitution.

Durch den zulässigen Einspruch wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumniß befand (§ 307). Die Versäumniß tritt ein mit der Stellung des Antrags auf Erlassung des V. U. (§ 209 mit §§ 295 ff., 504, 520, 217, 430.) Auf den Zeitpunkt unmittelbar vor diesem Antrage also wirkt die Restitution zurück.[1]) Demgemäß werden alle rechtlichen Folgen, von welchen das Streitverhältniß unter den Parteien durch den Antrag betroffen wurde, mit Rückwirkung beseitigt und aller Prozeßstoff, welcher mit dem V. U. ignorirt wurde, wieder hergestellt, während die vor dem Antrag auf Erlassung des V. U. bereits eingetretenen Präclusionen bestehen bleiben:

1) Es werden die rechtlichen Wirkungen des Antrags auf Erlassung des V. U. beseitigt. Dahin gehört der Ausschluß des Beklagten mit prozeßhindernden Einreden (§§ 247, 248), mit dem Rechte der Urheberbenennung (§ 73[1]), der Ausschluß des Klägers mit dem Rechte der einseitigen Klagezurücknahme (§ 243[1]), ebenso mit der einseitigen Zurücknahme von Rechtsmitteln, — Wirkungen, die an sich mit dem Antrage auf Erlassung des V. U. deshalb verknüpft sind, weil dieser Antrag sich als ein Verhandeln zur Hauptsache darstellt. Dagegen wird der mit der gleichen Antragstellung verbundene Verlust des Ablehnungsrechts wegen Besorgniß der Befangenheit nicht beseitigt.[2])

2) Der im V. U. ignorirte Prozeßstoff tritt wieder in Kraft. So wenn das V. U. in einem Termin ergangen ist, auf welchen die mündliche Verhandlung vertagt, oder welcher zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt war (§ 297). Das V. U. hat die Beweisverhandlungen und so weit § 289 es gestattet, auch Zwischenurtheile beiseite gesetzt. Dies wird rückgängig infolge des Einspruchs. Allein bezüglich der Beweisverhandlungen nicht schlechthin. Wenn die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefunden hat, so ist das Beweisergebniß in den Beweisaufnahmeprotokollen geborgen, und es ist für den Vortrag desselben nach § 258 II gleichgiltig, ob die Richter den frühern Vortrag hierüber noch in der Erinnerung haben oder nicht, ob ein Richterwechsel stattgefunden hat oder nicht. Anders wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erfolgt ist und entweder die Richter, was bei der erheblichen Zwischenzeit des Versäumnißverfahrens in der Regel zutreffen wird, sich an deren Ergebniß nicht mehr erinnern oder ein Richterwechsel eingetreten ist. Hier muß die Beweisaufnahme wieder-

---

[1]) S. Troll, V. U. S. 9 ff.; 68 ff.

[2]) S. Troll, V. U. S. 68 ff.

holt werden, wenn nicht die Aussagen gemäß § 147 schriftlich fixirt sind. In andern Fällen kann die Wiederholung stattfinden, was schon aus §§ 363, 367, 377 folgt. Ob dies aber geschehen *muß*, wenn zwar die Aussagen protokollirt sind, aber z. B. Richterwechsel stattgefunden hat? Die gesetzliche Nothwendigkeit der Wiederholung kann nicht erwiesen werden. Denn nach § 280 genügt es, daß die Richter, welche das Urtheil fällen, der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung (§ 119 beigewohnt haben und ist nicht erforderlich, daß sie bei der Beweisaufnahme zugegen gewesen sind. Gegentheiligen Falles müßte man trotz protokollarischer Feststellung die Wiederholung auch dann erfordern, wenn nur wegen Länge der Zeit die Erinnerung der Richter an den Inhalt der Beweisaufnahme nicht mehr fest ist. In beiden Fällen genügt es vielmehr, daß die Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme nach Maßgabe des Sitzungsprotokolles verhandeln (§§ 280, 258), wodurch den Richtern in relevanter Weise Kenntniß von diesem Prozeßstoffe verschafft wird.[1]).

Auch wenn das V. U. erst in einem spätern Termin erlassen worden ist (§ 297), sind die Parteien überall befugt, neuen Prozeßstoff gemäß §§ 251—256 vorzubringen, vorausgesetzt, daß nicht vor dem V. U. über Bestandtheile des Prozesses bereits Zwischen- oder Theilurtheile ergangen sind (§§ 251—256, aber auch § 289).

Ist das V. U. selbst ein Theilurtheil, so bewirkt der zulässige Einspruch (§ 307), daß der Prozeß nicht nur soweit er durch das Theilurtheil erledigt worden ist, sondern auch im Uebrigen restituirt wird, insbesondre wenn Theilurtheil nur deshalb ergangen ist, weil das Gericht im Uebrigen den Antrag auf Erlassung des V. U. zurückweisen mußte.[2]) Durch den Einspruch erledigt sich dann von selbst die etwa in höherer Instanz anhängige Beschwerde (§ 301).

Im Falle des Einspruchs gegen ein V. Z. U. wird nur der von diesem betroffene Prozeßstoff Gegenstand der neuen Verhandlung und Entscheidung. Was insbesondre das V. Z. U. des § 430 betrifft, so kann infolge des Einspruchs nunmehr der Eid geleistet werden, gleichviel ob dies durch eine Partei oder durch einen Dritten zu geschehen hat. Ist der Einspruch und der Eid erledigt, dann, aber auch erst dann, kann die Verhandlung zur Hauptsache fortgesetzt werden (Mot. zu § 312[II]).[3])

Ist das Urtheil nach § 296[II] theils verurtheilend, theils klagsabweisend, so wird doch der ganze Prozeß restituirt, also auch soweit die Klage abgewiesen worden ist (§ 307 „*der Prozeß*“). Hat der

---

[1]) A. A. Struckmann-Koch § 297 N. 3. Aber keinesfalls bildet das Unterlassen der Wiederholung der Beweisaufnahme bei erfolgter Feststellung im Sitzungsprotokoll einen Revisionsgrund.

[2]) S. o. S. 3.

[3]) S. Troll, V. U. S. 155, 156.

Kläger gegen das Urtheil Berufung eingelegt, so muß das Berufungsgericht vertagen (§ 486).[1])

Eine Besonderheit bietet der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl. Hier finden gemäß § 640 die §§ 303—311 entsprechende Anwendung. Die Versäumung besteht in der Unterlassung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl. Sie ist eingetreten mit der Verfügung des Vollstreckungsbefehls (§ 634). § 307 kann nicht buchstäblich Platz greifen. Würde die Lage vor Eintritt der Versäumung hergestellt werden, so wäre es so anzusehen, als ob der Vollstreckungsbefehl nicht erlassen wäre, so daß nach eingelegtem Einspruch noch der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erklärt werden müßte. Aber dies hat doch nicht zu geschehen. Der Einspruch enthält nothwendig eine Ladung (§ 305[3]) vor das Amtsgericht (§ 640), die Ladung zur Hauptsache (§ 636), wenn die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet ist, sonst Ladung zur Verhandlung über den Einspruch. Die hierdurch herbeigeführte Verhandlung und Entscheidung macht den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl entbehrlich. Uebrigens enthält der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl begrifflich auch den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl. Denn der Vollstreckungsbefehl ist nichts andres als der verstärkte (für vorläufig vollstreckbar erklärte § 639) Zahlungsbefehl (Mot. zu § 640). Durch zulässigen Einspruch tritt also auch die Wirkung des § 635 ein. Hier bewirkt daher der Einspruch, daß die versäumte Prozeßhandlung (Widerspruch) *als vorgenommen gilt*, während der Einspruch gegen das V. U. nur bewirkt, daß das Versäumte *nachgeholt* werden kann.

Der Umfang der Restitution beim Einspruch gegen das V. U., welches in einem folgenden Termin (§ 297) ergeht, bemißt sich nach dem Thatbestande des Urtheils nebst dem Sitzungsprotokoll und den Beilagen hierzu (§§ 284, 285, 146[III]). Die Beurkundungen im Thatbestande wirken trotz § 307 fort, woraus sich die Bedeutung der Berichtigung des Thatbestandes nach § 291 auch für das V. U. ergibt. Der Antrag hierauf kann selbst von der säumigen Partei gestellt werden[2]).

Beim Vollstreckungsbefehl kommt diese Schranke der Restitution nicht in Betracht. Denn dieser hat keinen Thatbestand (§ 639), wird nicht verkündet, also auch nicht ausgehängt (§ 287) und nicht berichtigt (§ 291).

§ 9.

4. Verfahren.

Das Verfahren beginnt mit der Einlegung des Einspruchs durch Zustellung des Schriftsatzes (§ 305). Vorbereitende Schriftsätze

[1]) S. Troll, V. U. § 51.
[2]) S. Troll, V. U. S. 92.

sollen mitgetheilt werden (§§ 305II, 245). Dies fällt weg beim Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl, wenn der Anspruch zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört (§§ 640, 637), weil vor dem Amtsgericht sich die mündliche Verhandlung auf die Zulässigkeit des Einspruchs beschränkt.

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen (§§ 128, 269). Damit ist nicht gesagt, daß die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, zuerst den Antrag auf Abänderung des V. U. stellen müsse[1]). Ein solcher Antrag ist hier nicht erforderlich. Ganz anders im Verfahren vor dem Berufungsgericht, woselbst die Anträge auf Abänderung des Urtheils nothwendig und für das Gericht bindend sind (§§ 487, 498). Die Verhandlung im Einspruchsverfahren ignorirt sogar das V. U., wenn nur der Einspruch zulässig ist. Denn das Urtheil darf nicht nur soweit abgeändert werden, als dies beantragt ist, sondern soweit als die neue Verhandlung überhaupt es gestattet. Trotzdem also der Beklagte den Einspruch eingelegt hat, braucht nicht er es zu sein, welcher zuerst Anträge stellt und verhandelt, während für die Reihenfolge in der Berufungsinstanz die dort neu geschaffene Parteistellung maßgebend ist.[2]) Auf Grund der mündlichen Verhandlung wird von Amtswegen geprüft, ob der Einspruch zulässig sei. Bei Verneinung wird er als unzulässig verworfen (§ 306). Es fragt sich, ob das Gericht die Befugniß hat, getrennte Verhandlung über den Einspruch von Amtswegen oder auf Antrag anzuordnen.[3]) Zur Bejahung dient, daß andernfalls eine weitläufige Verhandlung zur Hauptsache stattfinden, welche sich infolge der später erwiesenen Unzulässigkeit hinterher als überflüssig zeigen könnte. Aber eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne besteht nicht. Man hat die Berechtigung des Gerichts aus § 137 beweisen wollen. Allein § 137 gestattet die getrennte Verhandlung nur bei selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln (Klaggründen, Einreden, Repliken u. s. w.). Die Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruchs fällt nicht darunter. Dieser Streitpunkt ist Zwischenstreit und wird als solcher anders behandelt als die selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel (§§ 137, 275, 426, 312II). Der Umstand, daß das Gesetz keine Zeitschranke für die richterliche Prüfung der Zulässigkeit aufstellt, spricht nur gegen die Trennungsbefugniß. Dies bezeugen nicht nur die besondern[4]) Vorschriften der §§ 136, 137, 248, sondern auch das

---

[1]) S. o. S. 3.

[2]) Die Bezeichnungen Einspruchskläger, Einspruchsbeklagter zur Unterscheidung der Parteistellung beim Einspruch sind nicht zu billigen, weil die mit Kläger und Beklagter verbundenen Begriffe hier nicht zutreffen.

[3]) Bejaht wird die Frage z. B. von Struckmann-Koch § 306 N. 4, Seuffert § 306 N. 2.

[4]) „Exceptio firmat regulam."

in § 119 (arg. „die Verhandlung", nicht „die Verhandlungen") ausgesprochene Prinzip der Einheit der Verhandlung über den Rechtsstreit. Das Gleiche ist auch in den generellen Bestimmungen der §§ 127 und 128 enthalten. Hiernach hat der Vorsitzende Sorge zu tragen, daß „die Verhandlung ohne Unterbrechung" zu Ende geführt werde (§ 127) und wird „die mündliche Verhandlung" dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen (§ 128[I]).[1] Daß insbesondre bei Anfechtungsmitteln gegen ein Urtheil die Zulässigkeit einer isolirten Verhandlung über die Voraussetzungen des Anfechtungsmittels nicht zu präsumiren ist, zeigt die besondre Bestimmung des § 553[II]. Auch wäre eine solche Isolirung unpraktisch. Die Verhandlung kann ja geschlossen werden, wenn aus den vorgelegten Schriftstücken Mängel der Zulässigkeit des Einspruchs sich ergeben (§ 127[IV], vergl. § 140). Endlich besteht für die säumige Partei ein großes Interesse, sofort zur Hauptsache verhandeln und die Folgen des § 310 abwenden zu können. Aus den angegebenen Gründen ist nicht nur die direkte, sondern auch die analoge Anwendbarkeit des § 137 zu verneinen. Würde dennoch die Verhandlung auf die Zulässigkeit des Einspruchs beschränkt werden, so könnte die säumige Partei, wenn sie am Verhandeln zur Hauptsache gehindert worden ist, die Berufung gegen das V. U. des § 310 auf § 474[II] stützen. Die Parteien haben daher sofort sowohl über die Zulässigkeit des Einspruchs als über die Hauptsache in eventueller Gleichzeitigkeit zu verhandeln.

Die Zulässigkeit des Einspruchs muß von Amtswegen geprüft werden, sowohl bei kontradiktorischer Verhandlung wie im Versäumnißfalle, letzternfalls einerlei, ob die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, oder der Gegner ausgeblieben ist. Ist nur dieser erschienen, so muß er den Nachweis der Zulässigkeit (§§ 306, 300,[1] vergl. § 134) erbringen, regelmäßig durch Vorlage der in seinem Besitze befindlichen Urkunden (§ 305). Fehlen ihm die Schriftstücke, so mag er Ersatzbeweis (Zeugen, Eid) versuchen, muß aber sich selbst zuschreiben, wenn, weil ihm die Vorlage nicht möglich ist, das V. U. gemäß § 300[1] verweigert wird.[2] Ihm diese Nachweisung zu erlassen, wäre bequemer, aber unrichtig, und würde zu vom Gesetze nicht gewollten Härten führen, indem trotz angenommener Unzulässigkeit des Einspruchs doch ein V. U. (§ 310) ergehen würde, gegen welches kein andres als das unzulängliche Anfechtungsmittel des § 474[II] geltend gemacht werden könnte.

Die amtliche Prüfung der Zulässigkeit des Einspruchs im Einzelnen erstreckt sich auf die Statthaftigkeit an sich, auf Form und Frist der Einlegung. An sich statthaft ist er nur gegen ein nicht nach

---

[1]) Vergl. Troll, V. U. S. 143, 144.
[2]) S. Troll, V. U. S. 42 ff.

§§ 216, 310 ergangenes V. U. von Seiten der Partei, gegen welche das Urtheil als V. U. erlassen worden ist, sodann gegen den Vollstreckungsbefehl. Diese zu prüfenden Thatsachen sind dem Gerichte offenkundig; eine Nachweisung wird nicht erfordert. — Die Einhaltung der gesetzlichen Frist (§ 304) ergibt sich aus dem Datum der Urkunden über die Zustellung des V. U. und des Einspruchs. Diese Prüfung ist einfach, wenn zwischen der Verkündung des V. U. und dem Termin zur Verhandlung über den Einspruch oder doch zwischen jenem Zeitpunkt und der nachgewiesenen Zustellung des Einspruchs der Zeitraum der Einlegungsfrist nicht in Mitte liegt oder wenn behauptet wird, daß das Urtheil noch nicht zugestellt worden ist und für die Annahme des Gegentheils nichts vorliegt.[1]) In den andern Fällen muß das Datum beider Zustellungen dem Gerichte nachgewiesen werden. Sind der Partei die Urkunden abhanden gekommen, so kann der Gegner zur Vorlage angehalten werden, eventuell Ersatzbeweis stattfinden durch sonstige Urkunden, Zeugen und Eid. Bei verspäteter Einlegung des Einspruchs ist noch zu prüfen, ob mit demselben ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verbunden ist und ob dies den gesetzlichen Anforderungen entspricht. — Zum Nachweis der gesetzlichen Form kommt in Betracht der Einspruchsschriftsatz und die Urkunde über dessen Zustellung,[2]) ordentlicher Weise in Urschrift, wobei Mängel der hinterlegten Abschrift (§ 124) unbeachtet bleiben, weil die Hinterlegung selbst kein wesentliches Stück ist. Wenn lediglich die dem Gegner zugestellte Abschrift des Einspruchsschriftsatzes oder der Zustellungsurkunde fehlerhaft ist, so bildet dies nur ein Rügerecht desselben, ohne amtliche Prüfung (§ 267)[3]). Liegt die Urschrift nicht vor, so genügt zum Nachweis die bei Gericht hinterlegte oder die dem Gegner zugestellte Abschrift des Einspruchsschriftsatzes. Ist diese formgerecht, so kommt es nicht an auf jene und umgekehrt, vorausgesetzt, daß die Rüge unterbleibt; wohl aber in beiden Fällen auf die vom Gegner vorzulegende Abschrift der Zustellungsurkunde.

Wird die Zulässigkeit des Einspruchs verneint, so muß durch Endurtheil (§ 272) der Einspruch als unzulässig verworfen werden (§ 306). Dasselbe ist immer kontradiktorisch, weil die Versäumnißfolge nicht verwirklicht wird.[4]) Dies trifft nicht nur zu, wenn der

---

[1]) S. o. S. 8 ff.

[2]) Man könnte zweifeln, ob die Richtigkeit der Zustellungsurkunde bei der amtlichen Prüfung für die gesetzliche Form oder für die gesetzliche Frist in Betracht komme. Struckmann-Koch § 306 N. 2b. entscheiden sich für letzteres. Allein wenn die Einlegung des Einspruchs durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 305) erfolgt, so ist bei Fehlerhaftigkeit der Zustellung die Form nicht gesetzlich und aus diesem Grunde der Einspruch trotz Einhaltung der gesetzlichen Frist zu verwerfen.

[3]) E. 9 S. 388 ff.

[4]) S. Troll, V. U. S. 88.

Gegner derjenigen Partei ausbleibt, welche den Einspruch eingelegt hat, sondern auch dann, wenn diese neuerdings säumig ist.[1]) Sie hätte, wenn dennoch (ungesetzlich) durch V. U. wider sie der Einspruch als unzulässig verworfen werden würde, nur das unzulängliche Schutzmittel des § 474 II.

Gegen das den Einspruch als unzulässig verwerfende Urtheil steht, weil es kontradiktorisch ist, die Berufung (bezw. Revision) zu. Wird diese für begründet erachtet, so erfolgt unter Aufhebung des Urtheils Zurückverweisung, wobei das Untergericht an den Ausspruch des Obergerichts, daß der Einspruch zulässig sei, gebunden ist (§ 500[1]), während die rechtliche Beurtheilung des Prozeßstoffes durch das Berufungsgericht der nunmehr in der untern Instanz ergehenden Entscheidung nicht zu Grunde gelegt zu werden braucht (arg. a contr. aus § 528 II). Das Zurückverweisungsurtheil ist Endurtheil für die Instanz, also unter den gewöhnlichen Voraussetzungen mit Revision anfechtbar. Für das weitere Verfahren vor dem Gerichte, welches den Einspruch als unzulässig verworfen hat, gelten die gewöhnlichen Vorschriften und nicht die Bestimmungen über das Verfahren vor dem zurückverweisenden Gerichte.[2])

Wird der Einspruch für zulässig erachtet, so kann dies durch Zwischenurtheil oder Beschluß ausgesprochen werden. Aber das Zwischenurtheil ist nicht V. U. Denn die Versäumnißfolge ist nicht realisirbar, und ein eigner Termin hiefür ist nicht angesetzt (§ 312 II). Daher ist das Urtheil niemals selbstständig anfechtbar: mit Einspruch nicht, weil es nicht V. U., mit Berufung nicht, weil es nur Zwischenurtheil ist. Die Anfechtung desselben kann nur durch Rechtsmittel gegen das Endurtheil geschehen, vorausgesetzt, daß gegen das Endurtheil Rechtsmittel an sich statthaft sind.[3])

---

[1]) „Die einseitige Prüfung der Formalien", „der einseitige Vortrag" (Busch 9 S. 110) reicht nicht aus zur Rechtfertigung des V. U.

[2]) S. Troll, V. U. S. 236—238.

[3]) Das Reichsgericht hat E. 13 S. 398 die Berufung gegen ein nach § 310 ergangenes V. Z. U. des § 430 mit Recht für unzulässig erklärt gemäß § 472. Anders aber urtheilt es E. 13 S. 327 ff.: Das Landgericht hatte nur noch über die Kosten zu entscheiden und machte das Urtheil über diesen Punkt abhängig von einem durch den Beklagten zu leistenden Eid. Der Beklagte blieb im Schwurtermin aus und legte Einspruch ein gegen das V. Z. U. des § 430, aber vor dessen Zustellung. Deshalb verwarf das Landgericht (irrig) den Einspruch als unwirksam (§§ 477 II, 514 II). Gegen dieses Zwischenurtheil erhob der Beklagte Berufung. Diese wurde vom Oberlandesgerichte als unzulässig verworfen aus § 94. Das Reichsgericht widerlegte die Ansicht des Oberlandesgerichts aus der Erwägung, daß § 94 nur Rechtsmittel ausschließe, nicht auch den Einspruch, hob das Urtheil auf und verwies „die Sache in die Berufungsinstanz zurück um darüber zu befinden, ob die Berufung an sich begründet ist" (S. 328). — Mit dieser Entscheidung kann man sich nicht einverstanden erklären. Wäre das angefochtene Urtheil erster Instanz Endurtheil gewesen, so wäre es aus § 94 mit Rechtsmitteln nicht anfechtbar. Es war aber Zwischenurtheil im Streit lediglich über die Kosten. Sollen da Rechtsmittel

Ist der Einspruch zulässig, so kann in der Sache das auf kontradiktorische Verhandlung ergehende Urtheil ganz oder theilweise das V. U. bestätigen bezw. aufheben. „Insoweit" es bestätigt, ist nach § 308 auszusprechen, daß die alte Entscheidung aufrecht erhalten wird[1]), und „insoweit" diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das V. U. in dem neuen Urtheil aufgehoben. Bei theilweiser Abänderung muß sich aus dem neuen Urtheile ergeben, welche Bestandtheile des alten Urtheils aufrecht erhalten werden. Daß diese Bestandtheile nicht ebenfalls aufzuheben und durch materiell identische Bestandtheile im neuen Urtheile zu ersetzen sind, folgt nicht nur aus dem Wortlaute des § 308, sondern auch aus dem guten Sinne, den das Gesetz mit seinen Worten verbindet. Denn:

1) Nur insoweit das alte Urtheil aufrecht erhalten wird, bleibt die vorläufige Vollstreckbarkeit desselben aufrecht (§ 655 I), bleiben die auf Grund der bisherigen vorläufigen Vollstreckung erworbenen Pfandrechte (§ 709) für den Gläubiger in Kraft, wird dieser nicht zur Zahlung des bereits Empfangenen verurtheilt (§ 655 II).

2) Ist gegen das V. U. Berufung von der einen, Einspruch von der andern Partei eingelegt, so hat die theilweise Bestätigung des Urtheils, soweit es mit Berufung angefochten ist, die Bedeutung, daß nach Erledigung des Einspruchs die Berufung gegen das erste Urtheil fortgesetzt werden kann, während bei formeller Aufhebung und materieller Wiederholung des alten im neuen Urtheile jene Berufung vereitelt, folglich gegen das neue Urtheil Berufung einzulegen wäre (§ 486). Insbesondre wäre die vom nunmehr ausbleibenden Kläger gegen das erste nach § 296 II theils klagsabweisende Urtheil eingelegte Berufung hinfällig, wenn jetzt, weil das V. U. wider den Kläger völlig klagsabweisend lautet, also theilweise abändert, die alte Entscheidung aufgehoben und an deren Stelle formell das neue V. U. gesetzt werden würde.[2])

Entgegen diesem Wortlaut und Sinn des Gesetzes behauptet Seuffert § 308 N. 1: „Stimmt das Endurtheil mit dem V. U. nicht vollständig überein, so ist in der Urtheilsformel auszusprechen, daß das V. U. aufgehoben wird und sodann die neue Entscheidung

---

statthaft sein? Gegen das Reichsgericht spricht: 1) das arg. a majori ad minus, daß, wenn das Endurtheil den Rechtsmitteln nicht unterliegt (§ 94), um so weniger das Z. U.; 2) der Umstand, daß Zwischenurtheile selbstständig den Rechtsmitteln überhaupt nicht zugänglich sind. Aus letzterem Grunde hätte die Revision gemäß § 526 zurückgewiesen werden sollen.

[1]) „auszusprechen", daß „aufrecht zu erhalten sei" sagt § 308 mit einem überflüssigen Gerundiv (S. Troll, V. U. S. 93 N. 1).

[2]) Damit ist zugleich gesagt, daß überall, wo der mit Berufung angefochtene Theil des Urtheils, gegen welches auch Einspruch eingelegt ist (§ 296 II), im Einspruchsverfahren aufgehoben wird, die Berufung dadurch von selbst wegfällt (Mot. zu § 486), während andernfalls nunmehr das Berufungsverfahren fortzusetzen ist.

zu formuliren." Einen Grund zur Rechtfertigung dieser Abweichung gibt Seuffert nicht an.

Möglicherweise ergeht auch die neue Entscheidung als V. U. Geschieht dies, weil jetzt der Gegner der früher säumigen Partei ausgeblieben ist, so bietet der Fall keine Besonderheit. Er wird nach § 308 behandelt, jedoch mit der Maßgabe des § 309. Ist es der Kläger, so wird das alte V. U. ganz aufgehoben, wenn es den Beklagten völlig verurtheilt, sonst nur theilweise, und zwar soweit es verurtheilend ist (§ 295). Das Gericht ist also hier an den schon früher nach § 296II klagsabweisenden Theil des Urtheils gemäß § 308 gebunden. Bezüglich dieses Theils kann die etwa vom Kläger eingelegte Berufung fortgesetzt werden, was nicht möglich wäre, wenn entsprechend der Seuffertschen Ansicht infolge theilweiser Abänderung das alte Urtheil ganz aufgehoben und neu formulirt werden müßte. Ist nunmehr ausgebliebene Partei der Beklagte, während früher der Kläger es war, so können die nach § 296II sich ergebenden Möglichkeiten eintreten: ganz oder theilweise Verurtheilung, bezw. Klagsabweisung, wobei das völlig klagsabweisende Urtheil nicht V. U. ist.

Wenn aber die Partei, *welche den Einspruch eingelegt hat, säumig ist*, einerlei ob Kläger oder Beklagter, so kann das alte Urtheil nicht aufgehoben, noch ausgesprochen werden, daß die in demselben enthaltene „Entscheidung aufrecht erhalten wird" (§ 308) Es wird einfach der Einspruch verworfen. Diese Folge erklärt sich daraus, daß der Einspruch nicht zurückgenommen (§§ 311, 476), daß demnach die erschienene Partei ein Recht auf Entscheidung in der Sache hat und daß diese Entscheidung mit dem § 308, weil dessen Voraussetzung fehlt, nicht übereinstimmen kann. Dies entspricht dem Verfahren nach der C. P. O. in ähnlichen Fällen. Bleibt der Kläger, der Berufungs-, Revisionskläger aus oder die Partei, welche die Wiedereinsetzung begehrt, die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt hat, so wird die Klage bezw. das Anfechtungsmittel einfach verworfen (§§ 295, 504, 520, 216, 548).[1]) Warum soll es beim Ausbleiben der Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, anders sein? Die Anwendung des § 308 ist unmöglich. Denn dieser setzt eine neue Verhandlung zur Sache voraus, zu welcher die erschienene Partei nicht genöthigt werden kann. Sie verhandelt relevant im Sinne des § 228II, indem sie den Antrag auf Erlassung des V. U. stellt. — Diese einfache Verwerfung des Einspruchs bei Versäumniß der Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, rechtfertigt sich ganz besonders aus § 310. Wenn diese Partei säumig ist, ohne bereits zur Hauptsache verhandelt zu haben, so wird ihr Einspruch durch V. U. verworfen *und* es steht ihr der weitere Einspruch nicht zu. Es folgt, daß, wenn der Einspruch durch V. U. verworfen wird, *nach-*

[1]) S. Troll, V. U. S. 88. 161.

dem sie zur Hauptsache verhandelt hat, ihr weiterer Einspruch zusteht. In beiden Fällen ist also Inhalt des Urtheils: „Verwerfung des Einspruchs." Das ist auch selbstverständlich, und diese Selbstverständlichkeit hat das Gesetz dadurch gekennzeichnet, daß § 310 die „Verwerfung des Einspruchs" in einem Relativsatz ausdrückt.

Seuffert § 310 N. 1 ist auch hier andrer Meinung: „Wenn bei der in Abwesenheit der Einspruchspartei gepflogenen Verhandlung sich herausstellt, daß zwar die Prozeßbedingungen des Einspruchs, nicht aber jene der Klage gegeben sind (z. B. daß das Gericht unzuständig ist), ist auf Zurückweisung der Klage durch absolutio ab instantia zu erkennen." Auch hiefür mangelt jede Begründung. Beim Ausbleiben der Partei, welche den Einspruch eingelegt, hat das Gericht nicht mehr und nicht weniger zu prüfen wie beim Ausbleiben des Berufungs- und Revisionsklägers: die Zulässigkeit des Anfechtungsmittels. Wohin käme man bei gegentheiliger Annahme? Wenn das Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen hat, warum nicht auch die materielle Seite der Klage mit Wirkung nach § 296? Und warum soll nicht auch bei Versäumniß des Berufungs- und Revisionsklägers die prozessuale und materielle Seite der Klage mit gleicher Wirkung geprüft werden? Dann aber dürfte Seuffert § 504 N. 1 die Ansicht von Kries, Rechtsmittel S. 203 ff., wonach bei Versäumniß in der Berufungsinstanz wie in erster Instanz zu entscheiden sei, je nachdem der Kläger oder der Beklagte erster Instanz säumig ist, nicht bekämpfen.

Unter der Voraussetzung, daß die Partei, welche Einspruch eingelegt, seitdem noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat, ergeht beim Ausbleiben wider sie das V. U., gegen welches der Einspruch nicht zusteht (§ 310 mit § 474[II]).[1] Dies kann auch in einem Termine geschehen, auf welchen die mündliche Verhandlung vertagt ist, z. B. gemäß § 302. Bringt dann im neuen Termin die Partei Entschuldigungsgründe ihres vorherigen Nichterscheinens (§ 302) nicht vor, so kann sie um deswillen von den Versäumnißnachtheilen nicht betroffen werden.[2] Sie hat gemäß § 310 ein Recht, sofort zur Hauptsache zu verhandeln, welches ihr durch Einschränkung der Verhandlung auf Nebenbestandtheile des Prozesses nicht vorenthalten werden darf. Schon deßhalb ist es auch nicht gestattet, die Verhandlung auf die Zulässigkeit des Einspruchs oder prozeßhindernde Einreden zu beschränken oder gar einen eignen Termin hiefür anzusetzen (§ 305[3]).[3] Wenn übrigens die säumige Partei in der mündlichen Verhandlung zuerst das Wort erhält, so schützt sie sich gegen die Folgen des § 310 durch ihren auf die Hauptsache gerichteten Vortrag (§ 128). Andrerseits muß sie zur Hauptsache verhandeln. Sie

[1]) S. o. S. 5. 6.
[2]) S. Troll, V. U. S. 13.
[3]) S. o. S. 30. 31. Troll, V. U. S. 142 ff.

ist gegen § 310 nicht gesichert, wenn sie nur über die Zulässigkeit des Einspruchs oder nur über prozeßhindernde Einreden verhandelt. Folglich kann der Beklagte als Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, nicht mehr auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache weigern.[1])

Das Vorstehende findet auf das Verfahren über den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl entsprechende Anwendung (§ 640). Gehört der Anspruch vor das Amtsgericht, so ist dieses zugleich mit der Hauptsache befaßt. Wird über den Einspruch durch Zwischenurtheil entschieden, so ist nicht schon damit der Vollstreckungsbefehl beseitigt. Denn immer noch kann derselbe bestätigt (§ 308), der Einspruch verworfen werden (z. B. nach § 310), und die Vollstreckbarkeit wird nur durch ein Endurtheil oder ein demselben gleichstehendes Urtheil beseitigt (§ 655[1]). Der Vollstreckungsbefehl kann ebenfalls ganz oder theilweise bestätigt oder aufgehoben werden (§ 308).

Wenn dagegen der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte gehört, so wird mit der Entscheidung, welche den Einspruch für zulässig erklärt, weil diese Endurtheil des Amtsgerichts ist (§§ 640, 272), der Vollstreckungsbefehl von selbst aufgehoben, ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen zu werden braucht.[2]) Denn der Einspruch enthält zugleich den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl (§§ 635, 639). Das Urtheil des Amtsgerichts ist der formellen Rechtskraft fähig (§ 640), daher mit Berufung anfechtbar. Ist der Einspruch für zulässig erklärt, so mag der Gläubiger Berufung einlegen, er kann aber nicht eventuell mit derselben die Klage (§ 637) verbinden, weil, was Kumulation betrifft, das Gesetz nur gestattet mehrere Ansprüche in einer Klage, nicht gestattet, Klage und Berufung zu verbinden (§ 232).[3]) Aber auch bei gegentheiliger Meinung müßte wenigstens so viel zugegeben werden, daß das Urtheil des Landgerichts, soweit es über den Einspruch entscheidet, den Rechtsmitteln nicht unterliegt. Die Entscheidung des Amtsgerichts über den Einspruch kann bei Versäumniß des Schuldners als V. U. ergehen, ähnlich dem V. U. wider den ausgebliebenen Rechtsmittelkläger. Daß das Gericht „nur" über die Zulässigkeit zu entscheiden hat, steht nicht im Wege.[4]) Denn die Entscheidung ist Urtheil, also entweder kontradiktorisches oder V. U. — Bleibt der Gläubiger aus, so ist das Urtheil kontradiktorisch, weil eine Versäumnißfolge bei Officialprüfung nicht verwirklicht wird (§§ 306, 300[1]).

Ist der Einspruch gegen ein **V. z. U.** gerichtet, so kommen nach

[1]) S. Troll, V. U. S. 37.

[2]) So mit Recht v. Wilmowski-Levy § 640 N. 4. Unrichtig Seuffert § 640 N. 5 II, welcher sagt: Der Vollstreckungsbefehl „ist" außer Kraft zu setzen.

[3]) Uebrigens dürfte in der Klage ein Verzicht auf diese Berufung liegen (S. o. S. 18).

[4]) Man könnte nämlich meinen, daß es nicht über die „Versäumniß" zu entscheiden habe.

§ 312 für das Verfahren auf Grund des Einspruchs die vorstehenden Grundsätze zur entsprechenden Anwendung. Derselbe kann auch hier als unzulässig verworfen werden. Im Falle der Verspätung ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht ausgeschlossen. Bei kontradiktorischer Verhandlung entspricht das Urtheil dem § 308; V. U. ergeht, wenn der Gegner ausgeblieben ist. Ist die Partei säumig, welche den Einspruch eingelegt hat, so wird dieser durch V. U. verworfen, gegen welches Urtheil ihr weiterer Einspruch nur zusteht, wenn sie seit dem Einspruch bereits sachgemäß verhandelt hat (§ 310). Andernfalls findet nicht einmal Berufung statt, denn das Urtheil ist nicht Endurtheil (§ 472). Die Verhandlung zur Hauptsache kann hier unverweilt fortgesetzt werden. So kann in dem besondern Falle des § 217 IV nach Erlassung des 2. V. U. (§ 310) sofort ein V. E. U. gegen die Rechtsnachfolger ergehen. Würde das Gericht beide Entscheidungen in einem V. U. verbinden, so würde der an sich statthafte Einspruch auch die 2. Versäumniß nach § 217 IV repariren (§ 307). — Aehnliches gilt für das Eidesversäumnißurtheil nach § 430 mit 310. Allein hier wird von Voß bei Gruchot 24 S. 239 folgende Unterscheidung gemacht: „Im Falle des § 430 ergeht 2. V. U. zur Verwerfung des Einspruchs nur dann, wenn die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Liegt z. B. ein bedingtes Endurtheil vor, so tritt an die Stelle des 2. V. U. das Endurtheil, welches seinerseits kein V. U. im Sinne der §§ 295 ff. ist." Aber diese Meinung muß mit Rücksicht auf die gegen das Endurtheil einzulegenden Rechtsmittel bekämpft werden. Die Eidesweigerung (§ 495 II) kann, wenn sie nicht erklärt wird (§ 429 II), nur auf Grund des V. Z. U. (§ 430) angenommen werden. Letzternfalls ist sie erst dann als erfolgt anzusehen, wenn das V. U. unanfechtbar geworden ist. Würde nach Voß im Termin zur Verhandlung über den Einspruch gegen das V. U. des § 430 nicht das Urtheil des § 310, sondern das zugleich den Einspruch verwerfende Läuterungsurtheil erlassen werden, so könnte in der Berufungsinstanz der Schwurpflichtige, welcher jetzt zu schwören bereit ist, nicht zurückgewiesen werden, weder unter dem Hinweis auf das V. U. des § 430, denn dieses ist rechtzeitig mit Einspruch angefochten, folglich nicht formell rechtskräftig geworden, noch unter dem Hinweis auf die Verwerfung des Einspruchs durch das Endurtheil, denn gegen dasselbe ist Berufung eingelegt, folglich der Einspruch nicht rechtskräftig verworfen worden; dem Nachholen stünde § 474 II nicht im Wege. Anders wenn das 2. V. U. des § 430 mit § 310 ergangen ist; dieses bindet das Berufungsgericht. Daher muß auch im Falle der §§ 425, 430, 310 zuerst das V. Z. U. und kann daraufhin das Läuterungsurtheil erlassen werden. Die Mot. zu § 312 II stehen nicht entgegen, da § 430 einen besondern Fall behandelt. Uebrigens könnte nach der gegentheiligen Meinung das Berufungsgericht nie in die Lage kommen, die Rechtsbeständigkeit

(§ 474[II]) des nicht einspruchsfähigen V. Z. U. (§§ 216, 310 mit § 430) zu prüfen.[1])

5. Nebenbestandtheile der Entscheidung.

§ 10.

a) Kostenersatzpflicht.[2])

Die säumige Partei hat die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten selbst dann zu tragen, wenn sie infolge des Einspruchs ein günstiges Urtheil erstreitet (§ 309). Soweit ihr schon im V. U. die Kosten auferlegt sind, kommt es zur Bestätigung oder Abänderung der Entscheidung. Demgemäß ist für das Versäumnißverfahren zu unterscheiden:

1) die Kostenersatzpflicht, abgesehen vom Einspruch und
2) die Kostenersatzpflicht nach eingelegtem Einspruch.

ad 1) Kostenersatzpflicht, abgesehen vom Einspruch. Der § 87 spricht den Grundsatz aus, daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren. Eine hier in Betracht kommende Ausnahme enthält § 90, wonach die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, die „dadurch" verursachten Kosten zu tragen hat:

a) Beim Unterliegen der nicht säumigen Partei sind Kosten durch die Versäumniß regelmäßig nicht veranlaßt. Es bleibt bei dem Prinzip des § 87. Dies gilt insbesondre dann, wenn nach § 296[II] die Klage abgewiesen wird. Hier sind Kosten durch die Versäumniß erspart.[3]) Dasselbe trifft zu, wenn der Termin lediglich zu einem Zwischenstreit bestimmt und ein V. Z. U. ergangen ist, während die im V. Z. U. enthaltene Entscheidung doch nicht dem Endurtheile zu Grunde gelegt, z. B. ungeachtet der durch dasselbe erwirkten Anerkennung der Echtheit einer zum Beweise der Klagsbehauptungen dienenden Urkunde doch die Klage abgewiesen wird. Diese Kosten wären auch entstanden, wenn der Termin nicht versäumt worden wäre, also fehlt der nach § 90 (arg. „dadurch") erforderliche Kausalzusammenhang. Anders ist es in den Fällen der §§ 217[IV], 430. Hier würde beim Erscheinen ein Z. U. überhaupt nicht und so auch ein V. Z. U. nicht ergehen, also sind durch die Versäumniß besondre Kosten erwachsen, welche die Partei auch dann zu tragen hat, wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

---

[1]) Vergl. jedoch §§ 473, 474[II]. S. Troll, V. U. 248—250.

[2]) S. die Abhandlung von Meyer bei Busch 7 S. 281 ff.

[3]) Meyer a. a. O. S. 300.

b) Unterliegt die säumige Partei, so kommt § 90 nicht zur Anwendung. Durch die Versäumniß sind wiederum Kosten gespart worden.

c) Dasselbe gilt, wenn die säumige Partei theils obsiegt, theils unterliegt.

§ 90 greift also im Versäumnißverfahren nur Platz, wenn das V. U. nach §§ 217IV, 430 ergeht.

ad 2) Kostenersatzpflicht nach eingelegtem Einspruch. Hier findet § 309 Anwendung. Die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten fallen der Partei zur Last, welche den Einspruch eingelegt hat. Ausnahmen:

a) Das V. U. ist in ungesetzlicher Weise ergangen, z. B. entgegen dem § 300, ohne Antrag, trotzdem die Partei verhandelt hat. Die hier entstandenen Kosten werden nicht nach § 309, sondern nach § 87 behandelt. Dagegen ist das V. U. unter Nichtbeobachtung der Ermessensvorschrift des § 302 nicht in ungesetzlicher Weise ergangen.[1])

b) Die Kosten sind durch unbegründeten Widerspruch des Gegners veranlaßt. Auch diese Kosten fallen unter den Gesichtspunkt des § 87, sofern nicht § 90 eine Modification bewirkt.

c) Die Kosten sind nur nach der Versäumniß, nicht durch die Versäumniß veranlaßt worden. Wird das V. U. nach langwierigen, mit großen Kosten verbundenen Beweisverhandlungen doch bestätigt, so fallen diese Kosten unter §§ 87, 88.

Also nur wenn das V. U. in gesetzlicher Weise ergangen ist, wenn die Kosten durch die Versäumniß veranlaßt, nicht durch unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, müssen sie der säumigen Partei auferlegt werden. Diese Nothwendigkeit folgt im Falle des völligen Unterliegens der säumigen Partei schon aus § 87. Aber auch wenn sie theilweise unterliegt und etwa rücksichtlich der allgemeinen Kosten eine Repartition nach § 88 stattfindet, muß die säumige Partei die Kosten des Versäumnißverfahrens ausschließlich tragen. Dies gilt nicht nur dann, wenn das theils verurtheilende, theils klagsabweisende Urtheil ein abänderndes, sondern auch, wenn es ein bestätigendes ist. So nach § 90 und folgerungsweise nach § 309: Hat die Partei diese Kosten zu tragen, wenn sie infolge des Einspruchs siegt, so trägt sie dieselben um so mehr, wenn sie unterliegt.

Für den Fall, daß nach erhobenem Einspruch des Beklagten der Kläger die Klage zurücknimmt, hat das Landgericht I in Berlin sich dahin ausgesprochen,[2]) daß § 309 nicht zur Anwendung komme, vielmehr ausschließlich § 243, weil eine das V. U. abändernde Ent-

---

[1]) S. Troll, V. U. S. 12 ff.
[2]) S. Busch 8, S. 285, 286.

scheidung nicht ergangen sei. Diese Begründung ist sicher unrichtig. Denn eine „abändernde Entscheidung" ist ergangen, sonst würde das V. U. und mit ihm die vorläufige Vollstreckbarkeit nebst den daraus erworbenen Rechten fortdauern (§ 655). Das V. U. wurde, wenn auch stillschweigend, aufgehoben und an dessen Stelle das Urtheil des § 243 gesetzt, welches, weil es anders lautet, abändert. Dennoch hat das Landgericht richtig entschieden: § 243 III spricht von den Kosten des Rechtsstreites ohne jeglichen Unterschied und ist eine speziellere Vorschrift als die des § 309. Sodann hängt die Kostenentscheidung nach § 243 III lediglich von dem Antrage des Beklagten ab, der ihn nicht stellen würde, wenn ihn die Kostenpflicht nach § 309 träfe. Endlich ist es eigne Schuld des Zurücknehmenden, wenn er die normale Art der Kostenentscheidung durch Zurücknahme vereitelt.

Die Entscheidung über die durch die Versäumniß veranlaßten Kosten erfolgt niemals durch besondern Beschluß. Eine solche Entscheidung hätte keinen Werth, da sie nicht vollstreckt werden könnte. Denn § 98 erfordert zur Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz der Kosten einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel. Dem Beschluß fehlt diese Eigenschaft (§ 702[3] mit § 530)[1]). Ebensowenig Bedeutung hätte die Kostenentscheidung im Zwischenurtheil, auch im V. Z. U. (§ 312 II), selbst in den Fällen der §§ 217 IV, 430, weil es nicht mit Beschwerde anfechtbar, folglich nicht vollstreckbar ist (§§ 644, 702). Eine solche Entscheidung hat keinen selbstständigen Werth, wenn sie im Endurtheile wiederholt, und hat überhaupt keinen Werth, wenn sie nicht wiederholt ist. Letzternfalls müßte nach § 292 eine nachträgliche Entscheidung provociert werden. Auch sind die Kosten ein quantitatives Stück des Streitgegenstandes, für welches End- (oder Theil-) Urtheil erforderlich ist (vergl. § 292 und Mot. dazu), während im Zwischenurtheile stets nur qualitative Bestandtheile erledigt werden (Mot. zu § 275). Demgemäß ist, falls ein V. Z. U. ergangen ist, über die hierdurch entstehende Kostenersatzpflicht im Endurtheil zu entscheiden.[2])

§ 49.

b) Vorläufige Vollstreckbarkeit.

Jedes zweite oder fernere in derselben Instanz wider dieselbe Partei erlassene V. U. ist von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 648[3]). Zweites V. U. ist nicht blos das nach § 310

---

[1]) A. M. Meyer bei Busch 7 S. 301. 302, wie es scheint mit Uebergehung der §§ 702[3], 530.

[2]) Gehört der Anspruch, wegen dessen gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch erhoben worden ist (§ 640), zur Zuständigkeit des Landgerichts, so entscheidet das Amtsgericht bei Zulässigkeit des Einspruchs nicht über die Kosten. Denn es besteht die Möglichkeit, daß der Gläubiger die Klage nicht erhebt (§ 638 II).

ergehende, sondern auch dasjenige, welches wider die nämliche Partei erlassen wird, nachdem sie auf eingelegten Einspruch gegen das erste V. U. zur Hauptsache verhandelt hat. Das kann sich mehrmals wiederholen, wenn auf jedesmaligen Einspruch der nämlichen Partei diese zur Hauptsache verhandelt und dann säumig ist. So ergibt sich das „fernere" V. U. des § 648[3]. Das etwa gegen die nämliche Partei zweite oder fernere V. Z. U. kommt für § 648[3] nicht in Betracht. Ein Zwischenurtheil, das einen Zwischenstreit erledigt, wird nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt. Ist ein Versäumnißtheilurtheil ergangen, so ist das nachträgliche V. E. U. kein 2. V. U. nach § 648[3]. Die Worte „zur Hauptsache" können nur „zur nämlichen Hauptsache" bedeuten, wie in § 310 so in § 648[3]. — Von Struckmann-Koch § 648 N. 4 wird dies bestritten.[1])

[1]) Wenn auf eingelegten Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl vor dem Amtsgericht ein V. U. ergeht, so fällt dies unter § 648[3], weil nach § 640 der Vollstreckungsbefehl dem V. U. in dieser Beziehung gleich steht. Jedoch braucht, soweit der Vollstreckungsbefehl reicht, die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht ausgesprochen zu werden; der Vollstreckungsbefehl selbst hat diese Wirkung. Wohl aber hat es bezüglich der Kosten des Einspruchsverfahrens zu geschehen. Diese könnten auf Grund des Vollstreckungsbefehls nicht exequirt werden. S. Meyer bei Busch 7 S. 282.